

P 309348

AFGIFTEKANTOOR ANTWERPEN X

DRIEMAANDELIJKS TIJDSCHRIFT
JANUARI-JUNI

OVERDRUK

55^e JAARGANG

2018-1/2

TIJDSCHRIFT VOOR PRIVAATRECHT

DE GROTE OORLOG EN HET NEDERLANDSE OVEREENKOMSTENRECHT –
NEUTRALITEIT, WEERSTAND EN RESPONSIVITEIT

door

W.H. VAN BOOM



Wolters Kluwer

DE GROTE OORLOG EN HET NEDERLANDSE OVEREENKOMSTENRECHT – *NEUTRALITEIT, WEERSTAND EN RESPONSIVITEIT*

W.H. VAN BOOM*

Hoogleraar civiel recht Universiteit Leiden

Om niet vertrappt te raken tussen de centrale mogelijkheden en de geallieerde legers hield het Koninkrijk der Nederlanden gedurende de Eerste Wereldoorlog vast aan zijn neutraliteitspolitiek. Hoewel Nederland er in slaagde om op die wijze buiten de gevechtshandelingen te blijven, liet de oorlog wel sporen na op de Nederlandse sociaal-economische verhoudingen. In deze bijdrage staat centraal wat de directe en indirecte invloed van de Grote Oorlog is geweest op het overeenkomstenrecht. Sinds de invoering in 1838 van het Burgerlijk Wetboek was er nog niet een zo ontwrichtend internationaal conflict uitgebroken als deze oorlog bleek te zijn. In zekere zin was de Grote Oorlog dus ook een 'stresstest' van de houdbaarheid van de centrale leerstukken van het overeenkomstenrecht zoals het leerstuk van overmacht en onmogelijkheid. In de literatuur is wel gesteld dat de Eerste Wereldoorlog wat dit betreft niet heel anders was dan andere, minder verstorende gebeurtenissen. Drie ontwikkelingen spreken dit standpunt schijnbaar tegen. Allereerst zien we dat de neutraliteitspolitiek als het ware doorwerkt in de civiele rechtspraak, met onverbiddelijke gevolgtrekkingen voor partijen die zich via de rechter wensten te bevrijden van hun contractsverplichtingen. In de tweede plaats kan de Eerste Wereldoorlog ook worden gezien als het definitieve einde van de laissez-faire gedachte in de regulering van markten, en dus ook het contractenrecht. Ten derde kan, met de kennis van nu, de Eerste Wereldoorlog ook als een van de factoren worden gezien die de uiteindelijke introductie van de leer van de onvoorzienne omstandigheden en de latere opmars van de goede trouw verklaren.

* Tevens TPR Wisselleerstoelhouder KU Leuven 2012. Deze bijdrage bouwt voort op "The Great War and Dutch Contract law – Resistance, Responsiveness and Neutrality", *Comparative Legal History* 2014, 303-324. De finale versie van deze bijdrage werd ingeleverd op 10 december 2017.

INHOUD

<i>I. INLEIDING (1-2)</i>	57
<i>II. DE GROTE OORLOG EN DE SOCIAAL-ECONOMISCHE TOESTAND VAN NEDERLAND (3-10)</i>	58
A. De dag dat de 19e eeuw eindigde (3-4)	58
B. N.V. Nederlandsche Overzee Trustmaatschappij (N.O.T.)(5-10)	60
<i>III. TEKORTKOMING, ONMOGELIJKHEID EN OVERMACHT</i>	65
A. Algemeen (11-12)	65
B. Niet-toerekenbare onmogelijkheid van nakoming (13-18)	67
C. Risico-aanvaarding (19-20)	71
<i>IV. VAN SUBJECTIEVE ONMOGELIJKHEID NAAR ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN (21-28)</i>	72
A. Een paradigmatische verschuiving (21-24)	72
B. Vroege tekenen van latere ontwikkelingen (25-26)	75
C. Weerstand tegenover responsiviteit (27-28)	77
<i>V. NEUTRALITEIT VAN OVEREENKOMSTENRECHT (29-30)</i>	79
<i>VI. AFSLUITING (31)</i>	81

I. INLEIDING

1. Nederland heeft met het nodige diplomatieke kunst- en vliegwerk gedurende de Eerste Wereldoorlog de neutraliteit weten te bewaren⁽¹⁾. Die neutraliteit betekende niet dat het land geen enkel gevolg van de oorlog heeft gevoeld. Er waren wel degelijk consequenties, hoewel die uiteraard in het niet vielen (en vallen) bij de gruwelen die in andere delen van Europa plaatsvonden. De samenleving en economie werden blijvend geraakt, hoewel de invloeden daarvan tijdens en direct na de oorlog wellicht niet altijd op de juiste waarde werden geschat. In deze bijdrage wordt één klein facet van de invloed van de Grote Oorlog op de Nederlandse samenleving en economie belicht, te weten de invloed op het overeenkomstenrecht. Ik doe dat in het volste besef dat dit facet onbetekenend is in het licht van het grotere geheel van De Grote Oorlog. Niettemin draagt dit opstel hopelijk bij tot een beter begrip van de ontwikkelingslijnen die zich in het Nederlandse overeenkomstenrecht hebben afgetekend en de implicaties van de Eerste Wereldoorlog voor het Nederlandse rechtsdenken nadien.

2. De opbouw van het opstel is als volgt. Allereerst (II) wordt aangevangen met een algemene uiteenzetting over de gevolgen van de oorlog op de Nederlandse maatschappij en economie en de rol van de *Nederlandsche Overzee Trust Maatschappij* (N.O.T.), een bijzondere contractuele regeling ter bevordering van internationale neutrale handel. Deze uiteenzetting kan als achtergrond fungeren waartegen we de rechterlijke toepassing van twee kernleerstukken, onmogelijkheid en overmacht, kunnen begrijpen (III). Vervolgens wordt de ontwikkeling van het leerstuk van de contractuele goede trouw en onvoorziene omstandigheden besproken alsmede het mogelijke verband met de gebeurtenissen op het wereldtoneel tussen 1914 en 1918 (IV). Zodoende kan ‘neutraliteit’ als factor in het overeenkomstenrecht aan de orde worden gesteld (V) alvorens te besluiten.

(1) Over de Nederlandse neutraliteitsleer en de uitwerking daarvan in de Eerste Wereldoorlog, zie bv. C. SMIT, *Nederland in de Eerste Wereldoorlog - deel 2 1914-1917* (Groningen: Wolters-Noordhoff 1972), 12 e.v.; E.H. KOSSMANN, *The Low Countries 1780-1940* (Oxford: Clarendon Press 1978), 546 e.v.; M. FREY, “Bullying the Neutrals: The Case of the Netherlands” in: R. Chickering en S. Förster (ed.), *Great War, total war: combat and mobilization on the Western Front, 1914-1918* (Cambridge: C.U.P. 2000), 227-244; P. MOEYES, *Buiten Schot - Nederland tijdens de Eerste Wereldoorlog* (3e druk, Amsterdam: Arbeiderspers 2014), 25 e.v.; M.M. ABBENHUIS, *The Art of Staying Neutral - The Netherlands in the First World War, 1914-1918* (Amsterdam: Amsterdam U.P. 2006), 23 e.v.; I. TAMES, *Oorlog voor onze gedachten - Oorlog, neutraliteit en identiteit in het Nederlandse publieke debat 1914-1918* (diss. A’dam) (Hilversum: Verloren 2006), 14 e.v.; S. KRUIZINGA, *Overlegeconomie in oorlogstijd - De Nederlandsche Overzee Trustmaatschappij en de Eerste Wereldoorlog* (Zutphen: Walburg Pers 2012), 16-17.

II. DE GROTE OORLOG EN DE SOCIAAL-ECONOMISCHE TOESTAND VAN NEDERLAND

A. DE DAG DAT DE 19^e EEUW EINDIGDE

3. De meeste Europese landen waren slecht voorbereid op de overwelddigende economische verstoring die het uitbreken van de Grote Oorlog op 28 juli 1914 teweegbracht. Dat gold ook voor Nederland. Hoewel het juridische kader voor de militaire verdediging van het Koninkrijk redelijk op orde was⁽²⁾, kon dat niet worden gezegd van het juridische kader voor de bestrijding van de sociaaleconomische gevolgen van uitbraak van de oorlog en de neutraliteitspolitiek die de Nederlandse regering bedreef. Zo was er geen omvattend juridisch raamwerk dat het mogelijk maakte om de directe gevolgen van de oorlog op te vangen⁽³⁾. Een gevolg van het uitbreken van de oorlog was bijvoorbeeld een onmiddellijk verlies van vertrouwen in bankinstellingen en geldverkeer, hetgeen aanleiding gaf tot een ‘bankrun’ en het hamsteren van muntgeld⁽⁴⁾. Het zogeheten prolongatiesysteem, waarmee beursttransacties werden gefinancierd, stortte ineen en veroorzaakte acuut liquiditeitsproblemen voor handelaren en investeerders. De Amsterdamse Effectenbeurs hield de deuren daarom voorlopig gesloten⁽⁵⁾. Banken werden in bescherming genomen en noodgeld werd ingevoerd. Gerechten werden bovendien aangespoord door de Minister van Justitie om *coulance* te betrachten ten aanzien van debiteuren die in acute betalingsproblemen waren geraakt door de uitbraak van de oorlog⁽⁶⁾.

(2) Op 5 augustus 1914 werden delen van Nederland ‘in staat van oorlog’ verklaard, waarmee de hoogste paraatheid werd ingesteld (KB 3 augustus 1914, *Stb.* 1914, 375). Dat het juridische kader voor de verdediging in orde was, wil uiteraard geenszins zeggen dat het Nederlandse leger goed voorbereid was om aan een eventuele Duitse invasie te weerstaan.

(3) A.H. FLIERMAN, ‘Het centrale punt in de reederswereld’ - *De Koninklijke Nederlandse Redersvereniging, 1905-1980* (diss. Leiden) (Weesp: De Boer Maritiem 1984), 43 e.v.

(4) G. VISSERING en J. WESTERMAN HOLSTIJN, “The Effect of the War upon Banking and Currency” in: H. W. C. Bordewijk, G. Vissering en J. Westerman Holstijn (ed.), *The Netherlands and the World War - Studies in the War History of a Neutral - Volume IV* (New Haven: Yale University Press 1928), (3) 4 e.v.; J. VAN DER FLIER, *War Finances in the Netherlands up to 1918* (Oxford: Clarendon Press 1923), 21.

(5) Zie over het prolongatiesysteem, de liquiditeitsproblemen die zich vanaf eind juli 1914 voordeden en de ingreep door de Beurswet 1914 bijv. G. VISSERING en J. WESTERMAN HOLSTIJN in *The Netherlands and the World War - Studies in the War History of a Neutral - Volume IV*, 5 e.v., 80; F. DE ROOS, *De algemene banken in Nederland* (Utrecht: Oosthoek 1949), 90 e.v.; S. KRUIZINGA, *Overlegeconomie in oorlogstijd*, 18; K.J. KRZEMINSKI, *Herverpanding* (diss. Rotterdam, Oisterwijk: Wolf Publishers 2013), 47 e.v. Vergelijkbare problemen deden zich in andere landen voor. Zie bijv. R. ROBERTS, *Saving the City - The Great Financial Crisis of 1914* (Oxford: Oxford U.P. 2013), 3 e.v.

(6) Hier was geen wettelijke grondslag voor aanwezig (tenzij men de ‘terme de grace’ van art. 1302, 4o BW wil zien als zodanig). Het was slechts een Circulaire van de Minister van Justitie d.d. 5 augustus 1914, Dept van Justitie 1e Afd. C nr. 567, *W* (= *Weekblad van het Regt*) 1914 nr. 9654, 8, verduidelijkt bij Circulaire van de Minister van Justitie d.d. 14 augustus 1914, Dept van Justitie 1e Afd. C nr. 585, *W* 1914 nr. 965, 4, gericht aan de rechterlijke macht om *coulance* te betrachten waar sprake was van aantoonbare betalingsonmacht door de plotse economische crisis. In september 1914 volgde een wettelijke grondslag; zie hierna IV.B.

Het internationale handelsverkeer kwam zo goed als stil te liggen. De import en export van essentiële goederen zoals voedingsmiddelen stokte plots. Weliswaar kwam op iets langere termijn de internationale handel voor Nederland weer op gang – daarover later meer – maar uiteindelijk was gedwongen distributie van schaarse goederen onvermijdelijk. Die dwang vergde overheidsingrijpen op een schaal die niet eerder was vertoond(7). Om die reden wordt wel gezegd dat de uitbraak van de Eerste Wereldoorlog het einde van de ‘lange negentiende eeuw’ betekende en het einde van de *laissez-faire* politiek van economische non-interventie(8). De Oorlog bracht de noodzaak met zich om markten voor voedingsmiddelen, huisvesting en financiële diensten te reguleren(9).

De bevoegdheden van de overheid om op grond van de Onteigeningswet 1851 tot onteigening en opvordering in het algemeen belang over te gaan, werden prompt uitgebreid(10). Afgezien van dergelijk noodrecht dat acuut moest worden ingevoerd (en dat begrijpelijkerwijs niet altijd op constitutioneel zuivere wijze totstandkwam)(11), werden op langere termijn staatsinterventies gepleegd in productie- en handelsketens zodat tijdens maar ook na de oorlog de productie, beprijzing en verdeling van essentiële grondstoffen en producten niet langer aan marktkrachten maar (ook) aan

(7) P. MOEYES, *Buiten Schot - Nederland tijdens de Eerste Wereldoorlog*, 330-339.

(8) Vgl. R. OVERY, *The Morbid Age - Britain and the Crisis of Civilization, 1919-1939* (London: Penguin 2010), 50 e.v.; H. DÖRNER, “Erster Weltkrieg und Privatrecht”, *Rechtstheorie* 1986, (385) 397 e.v. Ik laat mij hier niet uit over de vraag of *laissez-faire* werkelijk een bewuste politiek betrof en hoe lang die politiek dan heeft geduurd. Zie bijv. C.J.H. JANSEN, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw* (Deventer: Wolters Kluwer 2015), 177 e.v. voor een overzicht van Nederlandse juristen die zich in de tweede helft van de 19e eeuw in algemene zin tegen ‘staatsinmenging’ keerden (zoals Eijssell, De Pinto, Van Boneval Faure) en juristen die rond de eeuwwisseling juist te hoop liepen tegen de maatschappelijke uitwassen van de contractvrijheid (zoals Drucker en Molengraaff). Vgl. over ‘*laissez faire*’ overigens ook A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Oxford: Oxford University Press 1994) 7, die er nuchter op wijst dat er (in Engeland) nooit echt een ‘ontwerp’ van ‘*laissez faire*’ is geweest en dat de toename van staatsinterventie in de 19e eeuw evenmin geschiedde op grond van een ‘*grand design*’ maar in reactie op allerlei misstanden op economisch en sociaal gebied.

(9) Vgl. P. DE ROOY, *Republiek van rivaliteiten: Nederland sinds 1813* (Amsterdam: Wereldbibliotheek 2014), 142, die hier wijst op de vervlechting van markt en Staat.

(10) Wet van 3 augustus 1914, *Stb.* 1914, 351 tot aanvulling der Onteigeningswet ter voorkoming van vasthouding en prijsopdrijving. Zie M. KRAAIJESTEIN, “Lokale noden en lokaal beleid” in: H. Binneveld (ed.), *Leven naast de catastrofe - Nederland tijdens de Eerste Wereldoorlog* (Hilversum: Verloren 2001), (63) 64 e.v.

(11) Zie bijv. E.T. BRAINICH VON BRAINICH FELTH, *Staatsnoodrecht* (diss. Leiden, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993), 75.

overheidswil werden onderworpen(12). Tevens werden bepaalde sectoren, zoals de bouw, met subsidies ondersteund om hun voortbestaan te garanderen(13). Er werden verschillende wettelijke ingrepen in markten zoals de woningmarkt gepleegd, zodat bijvoorbeeld huurders bescherming kregen tegen opzegging zonder redelijke grond en tegen woekershuren(14).

4. Een indirect gevolg van de Grote Oorlog was overigens ook de versnelde introductie van het universele kiesrecht (1917 voor mannen, 1919 voor vrouwen), mede om het revolutionaire spook dat door Europa waarde, te verjagen(15).

B. N.V. NEDERLANDSCHE OVERZEE TRUSTMAATSCHAPPIJ (N.O.T.)

5. Eén van de meest opmerkelijke sociaaleconomische episodes uit de Eerste Wereldoorlog was de oprichting en instandhouding van de *N.V. Nederlandsche Overzee Trustmaatschappij* (N.O.T.). Deze rechtspersoon ontwikkelde een ingewikkelde keten van contracten om de Nederlandse internationale handel veilig te stellen. Het initiatief voor de oprichting van de N.O.T. kwam in september 1914 van een aantal eminente zakenlieden uit handel, transport en bankwezen. De realiteit waar Nederland zich voor geplaatst zag, was namelijk dat de Britse autoriteiten – die effectief heer en meester waren over de Noordzeeroutes – ervan verzekerd wilden zijn dat goederen die over zee van en naar Nederland gingen, geen contrabande

(12) Bijv. Uit- en vervoerwet 1914; Levensmiddelenwet 1914; Distributiewet 1916; Wet bijzondere maatregelen goederenverkeer buitenland 1917. Zie over deze noodmaatregelen bijv. D.H. PEERBOOM VOLLER, *Distributiewetgeving in Nederland* (diss. Groningen, 1945), 19 e.v.; E.T. BRAINICH VON BRAINICH FELTH, *Staatsnoodrecht*, 95 e.v.; alsmede het overzicht bij W.J. VAN WELDEREN RENGERS, C.W. DE VRIES en W.H. VERMEULEN, *Schets eener parlementaire geschiedenis van Nederland, Vierde deel – Nederland 1914-1918* (Den Haag: M. Nijhoff 1955), 248 e.v. De crises die zich in het Interbellum voordeden, versterkten deze tendens. Vgl. voor marktwerking en staatsinterventie in de West-Europese landbouw sinds de jaren 1930 bijv. A. TOOZE, *The Wages of Destruction - the making & breaking of the Nazi economy* (London: Penguin 2007), 195.

(13) H.W.C. BORDEWIJK, “War Finances in the Netherlands, 1918-1922: the Costs of War” in: H.W.C. Bordewijk, G. Vissering en J. Westerman Holstijn (ed.), *The Netherlands and the World War - Studies in the War History of a Neutral - Volume IV* (New Haven: Yale University Press 1928), (105) 153-154.

(14) E.T. BRAINICH VON BRAINICH FELTH, *Staatsnoodrecht*, 106 e.v.; C.J.H. JANSEN, “De Impact van de Eerste Wereldoorlog op het Nederlandse privaatrecht”, *NJB (Nederlands Juristenblad)* 2014, (1491) 1496-1497. Vgl. H.J. ROMEYN, “The Housing Problem” in: C.J.P. Zaalberg, E. P. DeMonchy, H. J. Romeyn, F. E. Posthuma en H. W. Methorst (ed.), *The Netherlands and the World War - Studies in the War History of a Neutral - Volume II* (New Haven: Yale University Press 1928), (165) 181 e.v. Vgl. algemeen F. TRENTMANN, *Empire of Things - How We Became a World of Consumers, from the Fifteenth Century to the Twenty-first* (London: Allen Lane 2016), 242 e.v.; 275.

(15) De invoering van het algemene kiesrecht was onderdeel van de ‘Pacificatie’ van 1917, in het kader waarvan bij wijze van uitruil de sociaal-democraten de lang gekoesterde wens van het kiesrecht ingewilligd kregen en de confessionelen de financiële gelijkstelling van confessioneel onderwijs met staatsonderwijs. Zie bijv. R. AERTS, H. DE LIAGRE BÖHL, P. DE ROOY, H. TE VELDE, *Land van kleine gebaren* (8e druk Amsterdam: Boom 2013), 201 e.v.; M. JANSE, “Op de grens tussen Staat en Civil Society. Samenwerking tussen hervormers en politici, 1840-1880”, *De Negentiende Eeuw* 2011, (169) 185.

waren. Dat wil zeggen dat zij er zeker van wilden zijn dat invoer van bijvoorbeeld tabak uit Nederlands-Indië naar Nederland niet ook doorvoer naar Duitsland betekende. Het dilemma voor de Nederlandse regering was dat zij neutraliteit wenste uit te stralen, ook naar de Centrale Mogendheden toe. De regering wenste de schijn op te houden dat zij van géén van de strijdende partijen orders aannam. Te veel de oren laten hangen naar wat de Britse Admiraliteit dicteerde, zou slecht vallen bij de Centrale Machten. Een neutraal Nederland diende immers, zo benadrukten de Duitsers uiteraard, de Herziene Rijnvaartakte 1868 te eerbiedigen en dus de doorvaart op de Rijn van Rotterdam naar het achterland ongemoeid te laten. De Admiraliteit had als doel de Centrale Machten alle mogelijkheden tot import en export te ontnemen; in den beginne waren de Britten in dit opzicht overigens toeschietelijker richting de Nederlanders dan in een later stadium van de oorlog.

6. De Nederlandse belangen waren uiteraard innig verbonden met het Duitse achterland; Nederland was niet alleen een doorvoerland, maar het vertrouwde ook op Duitse kolen voor eigen consumptie(16). Bovendien had het Koninkrijk een importbehoefte aan grondstoffen zoals veevoer en graan uit bijv. het Amerikaanse continent en een aanzienlijke economische band met Nederlands-Indië – bijvoorbeeld wat betreft import in Nederland van Indische koffiebonen, tabak en katoen en retourexport van gereed product – die men het liefst onaangetast zou willen zien(17).

De handel moest koste wat kost overeind blijven, aldus kort gezegd de rede-nering(18). De regering vond in de oprichting van de N.O.T. een welkome ‘façade’ om tegelijk de kool en de geit te sparen. Doordat de N.O.T. afspraken maakte met de Admiraliteit, kon de Nederlandse regering de handen schoon houden en tegenover de Duitsers met recht stellen dat het Koninkrijk Nederland neutraal was en zich niet tegenover de Britten verbond aan bepaalde afspraken(19). De werkelijkheid was in toenemende mate anders, en de Centrale Machten wisten dat natuurlijk ook wel.

(16) Over de economische banden tussen Duitsland en Nederland in deze periode, zie bijv. het imposante werk van M. FREY, *Der Erste Weltkrieg und die Niederlande* (Berlin: Akademie Verlag 1998); M. FREY in *Great War, total war: combat and mobilization on the Western Front, 1914-1918*, 227 e.v.; H. DE JONG, “Between the devil and the deep blue sea: the Dutch economy during World War I” in: S. Broadberry en M. Harrison (ed.), *The Economics of World War I* (Cambridge: Cambridge U.P. 2005), 137-168.

137 e.v.; H.A.M. KLEMMANN, “Wirtschaftliche Verflechtung im Schatten zweier Kriege 1914-1940” in: H.A.M. Klemann en F. Wielenga (ed.), *Deutschland und die Niederlande - Wirtschaftsbeziehungen im 19. und 20. Jahrhundert* (Münster: Waxmann 2009), 19-44.

19-20; S. KRUIZINGA, *Overlegeconomie in oorlogstijd*, 22 e.v.

(17) Overigens was import en verhandeling van graan vrij snel genationaliseerd en volledig onder overheids-toezicht gebracht (Rijksbureau voor de Distributie van Graan en Meel). Zie D.H. PEEREBOOM VOLLER, *Distributiewetgeving in Nederland*, 23.

(18) C. SMIT, *Nederland in de Eerste Wereldoorlog - deel 2 1914-1917*, 69 e.v.; Vgl. E.H. KOSSMANN, *The Low Countries 1780-1940*, 545 e.v.

(19) S. KRUIZINGA, *Overlegeconomie in oorlogstijd*, 49 e.v.

De N.O.T. werkte aldus: vervoerders en importerende bedrijven sloten zich vrijwillig aan bij het contractuele stelsel van de N.O.T., dat inhield dat de N.O.T. ‘consenten’ afgaf voor verscheepte ladingen. De aangesloten vervoerders en bedrijven verplichtten zich tegenover de N.O.T. er garant voor te staan dat conditionele contrabande niet doorgevoerd zou worden naar het achterland. Hoewel afgegeven door een private actor, had het ‘consent’ daarmee de status van een internationaal passagedocument voor veilig zeevervoer(20). De Britse autoriteiten lieten lading met ‘consent’ passeren en confisqueerden alle overige goederen. Vervoerders en bedrijven die zich niet aansloten, waren aldus effectief van alle zeevervoer afgesloten. Ook zij die zich niet hielden aan de voorwaarden, werden betrapt op smokkel van of naar Duitsland en zij die contrabande over zee vervoerden, werden gestraft door middel van een contractueel boetesysteem. Bovendien werden ze op een zwarte lijst geplaatst. Geschillen daarover kwamen als contractuele geschillen voor de civiele rechter; er was geen sprake van strafrechtelijke sanctiëring(21).

7. De N.O.T. was een vreemde speler op het wereldtoneel. Hoewel in naam een particuliere rechtspersoon, vervulde de N.O.T. een publieke functie, namelijk het afgeven van ‘consenten’. Dit privaatrechtelijke systeem had in essentie een volkenrechtelijke functie en gedurende enige tijd fungeerde het redelijk goed. Hoewel in naam een kapitaalvennootschap, werd de winst van de N.O.T. bestemd voor hulp aan oorlogsslachtoffers en vloeide een ander deel in de Nederlandse staatskas. De bestuurders van de N.O.T. waren gerenommeerde handelslieden, wier bedrijven ongetwijfeld goede winsten hebben weten te maken van de oorlogsomstandigheden. Naar huidige maatstaven zouden we waarschijnlijk van een ontoelaatbare verstrengeling van publieke en private belangen spreken(22).

De contractuele grondslag van de werking van de N.O.T. maakte het arrangement met de Britten iets beter verteerbaar voor de bedrijven en verladers die er bij betrokken waren; gedurende de eerste twee jaren van de oorlog was het systeem redelijk functioneel. Tegelijk was het ook een publiek geheim dat er vanuit Nederland veel smokkel plaatsvond naar Duitsland. De Duitse autoriteiten waren hier ook van op de hoogte en hun neiging om de N.O.T. constructie te accepteren en tegelijk smokkel oogluikend toe te staan was ingegeven door realiteitszin: *enige* import vanuit Nederland was beter dan *geen* import.

(20) Over het contractuele karakter van het stelsel zie bijv. S. KRUIZINGA, *Overlegeconomie in oorlogstijd*, 107 e.v. Vgl. ook Rb. Amsterdam 8 juni 1917, *Handelsvennootschap onder firma Behrendt & Bodenheimer / Handelsvennootschap onder firma Gebrs. Sickesz*, NJ 1917, 807; Rb. Rotterdam 17 januari 1918, *NV Firma M Cohn / Nolet*, NJ 1918, 306.

(21) Bijv. Rb. Rotterdam 17 november 1916, *Vignati / Schepens*, NJ 1918, 1025.

(22) S. KRUIZINGA, *Overlegeconomie in oorlogstijd*, 105.

De Nederlandse neutraliteit had in die periode voor de Centrale Machten dus vooral ook een economische achtergrond; de haven van Rotterdam was in de ogen van de Duitsers een *Lufttröhre* (luchtpijp) voor de Duitse oorlogseconomie(23).

8. De contractuele basis van de binding aan het stelsel van ‘consenten’ van de N.O.T. veroorzaakte op een later moment in de oorlog de nodige problemen. Aangezien de N.O.T. geen overheidsorgaan was en de zwarte lijsten die zij opstelde, niet aan wettelijke regels was onderworpen of een wettelijke grondslag kende, kwam de vraag aan de orde hoe de besluiten van de N.O.T. doorwerkten in de verhouding tussen verkopers en kopers. De macht van de N.O.T. was namelijk ongekend groot. Als de N.O.T. geen consent wilde afgeven, werd nakoming voor de verkoper feitelijk onmogelijk. Of dit ook onmogelijkheid opleverde voor de toepassing van de regels inzake overmacht, was een andere vraag. Soms oordeelden rechters dat een verkoper die voorrang gaf aan N.O.T.-regels in plaats van aan zijn contractuele verplichtingen, verontschuldigd diende te worden vanwege de gevolgen voor zijn reputatie en de totale handelsboycot die zou volgen als hij zich niet aan de N.O.T.-regels zou houden(24).

Naarmate de oorlog voortduurde, kwam het privaatrechtelijke fundament van de N.O.T. meer onder druk te staan. De omstandigheden voor vrije internationale handel verslechterden aanzienlijk. Hoewel het in de beginperiode erop leek dat het Verenigd Koninkrijk de rechten van neutrale staten onder de Londense Zeerechtdeclaratie 1909 zou eerbiedigen, bleek dit na verloop van tijd praktisch onwerkbaar(25). De lijsten van contrabande en voorwaardelijke contrabande die de Britten hanteerden, werden regelmatig veranderd. Dit gebeurde in de regel eenzijdig en zonder overleg, zodat de N.O.T. telkenmale onderhandelingen met de Admiraliteit én de Centrale Mogendheden moest aanvangen om de voorwaarden voor Nederlandse import en export duidelijk vastgelegd te krijgen(26). Dit bracht veel onzekerheid teweeg. De Britten wisten dat zij de overhand hadden in dit diplomatieke speelveld en zij speelden het spel op scherp, zodanig dat zij meer

(23) P. MOEYES, *Buiten Schot - Nederland tijdens de Eerste Wereldoorlog*, 219; M.M. ABBENHUIS, *The Art of Staying Neutral - The Netherlands in the First World War 1914-1918*, 185.

(24) Zie bijv. Rb. Amsterdam 26 mei 1916, *Handelsvennootschap onder de firma Wood & Co. / NV Curacaosche Handelmaatschappij*, NJ 1917, 361; Rb. Rotterdam 10 januari 1917, *Polak / Handelsvennootschap onder firma H. Jacobs*, NJ 1917, 658; Hof Den Haag 12 mei 1919, *Bakker / Handelsvennootschap onder Firma Behrendt en Bodenheimer, NV Maatschappij tot Exploitatie van Rademakers Koninklijke Cacao- en Chocolade fabrieken*, W. 1920 nr. 10523, 4.

(25) P. MOEYES, *Buiten Schot - Nederland tijdens de Eerste Wereldoorlog*, 202 e.v.; C. SMIT, *Tien studiën betreffende Nederland in de Eerste Wereldoorlog* (Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1975), 80 e.v.; S. KRUIZINGA, *Overlegeconomie in oorlogstijd*, 25 e.v.

(26) Bv. J.G. HOOGENDIJK, *De Nederlandsche Koopvaardij in den Oorlogstijd (1914-1918)* (Amsterdam: Van Holkema & Warendorf 1930), 19 e.v.

dan eens het risico namen dat het Nederlandse sentiment in het voordeel van de Duitsers zou omslaan.

9. Naarmate de oorlog voortduurde, werd het ‘consenten’-systeem ingekapseld in publieke vergunningsvereisten en import- en exportbeperkingen. Waar de N.O.T. in de begintijd nog als het Ei van Columbus werd gezien, was het in de laatste oorlogsjaren een onlogische hybride figuur. De intensivering van de economische oorlog, te rekenen vanaf de onbeperkte duikbotenoorlog vanaf februari 1915 tot aan het exportverbod dat de VS in 1917 afkondigden en het opvorderen van de Nederlandse koopvaardij-schepen door de VS in 1918, betekende niet alleen in feite het einde van de ‘consenten façade’ maar ook van de overzeese handel van Nederland(27). Het was vanaf toen dat Nederland echte schaarste ervoer; de distributiewetgeving bleek hard nodig om de schaarste te verdelen.

10. Een laatste sociaaleconomisch aspect dat hier genoemd kan worden, betreft de economische balans van de Grote Oorlog voor Nederland. Er was uiteraard sprake van smokkel en ander misbruik van oorlogsomstandigheden. Belangrijk is ook dat de oorlogsomstandigheden voor bepaalde handelaren en ondernemingen kansen boden voor het behalen van aanzienlijke winsten(28). In bepaalde opzichten profiteerde de Nederlandse economie van de oorlogstoestand(29). Zo werd Nederland een ‘netto schuldeiser’ van Duitsland als gevolg van de oorlog. De leningen aan het Duitse Keizerrijk in ruil voor kolenleveranties vanuit Duitsland en het Nederlandse verkoperskrediet als onderdeel van het Hindenburg financieringsprogramma van 1916, gecombineerd met een aanhoudende devaluatie van de Duitse Mark tegenover de Nederlandse gulden, leidden tot aanzienlijke winsten voor Nederlandse ondernemers(30). Hoewel het laatste oorlogsjaar ook de Nederlandse economie zwaar trof, is duidelijk dat deze per saldo minder economische schade leed dan de landen die wel betrokken raakten in de gevechtshandelingen(31).

(27) M.M. ABBENHUIS, *The Art of Staying Neutral - The Netherlands in the First World War, 1914-1918*, 117 e.v.; J.G. HOOGENDIJK, *De Nederlandsche Koopvaardij in den Oorlogstijd (1914-1918)*, 34-35.

(28) Over oorlogswinsten zie bijv. P. MOEYES, *Buiten Schot - Nederland tijdens de Eerste Wereldoorlog*, (379) 393-394; S. KRUIZINGA, *Overlegeconomie in oorlogstijd*, (113) 167, 249, 313; J. VAN DER FLIER, *War Finances in the Netherlands up to 1918*, 101 e.v.

(29) Zie G. VISSERING en J. WESTERMAN HOLSTIJN in *The Netherlands and the World War - Studies in the War History of a Neutral - Volume IV*, 21.

(30) Vgl. H. STRACHAN, *Financing the First World War* (Oxford: Oxford U.P. 2004), 166; D. STEVENSON, *With our backs to the wall - Victory and Defeat in 1918* (London: Penguin 2012), 421; S. KRUIZINGA, *Overlegeconomie in oorlogstijd*, 261 e.v.; A. GAAFF, *Financiering van de Eerste Wereldoorlog - Vier jaar vechten op krediet* (Soesterberg: Uitgeverij Aspekt 2014), 1 e.v.

(31) Daarover H. DE JONG, in *The Economics of World War I*, 137 e.v.; H.-P. ULLMANN, “Finance” in: J. Winter (ed.), *The Cambridge History of the First World War - Volume II - The State* (Cambridge: Cambridge U.P. 2014), (408), 428; E. DAMSGAARD HANSEN, *European Economic History - From Mercantilism to Maastricht and Beyond* (Kopenhagen: CBS Press 2012), 226.

De gewone man, die niet direct profiteerde en die integendeel zowel de kosten van levensonderhoud als de werkeloosheid zag toenemen gedurende de oorlog(32), uitte steeds luider zijn ongenoegen in demonstraties, plunderingen en voedselrellen. Dat ongenoegen werd overigens niet werkelijk ingegeven door acute hongersnood(33) maar leek veeleer te worden gedreven door de toenemende ontevredenheid over de groeiende ongelijkheid tussen onder- en bovenklasse(34). De invoering van het algemene kiesrecht, enkele sociale hervormingen en de relatief grote populariteit van de monarchie wisten te voorkomen dat de oproep daartoe van socialist Troelstra in november 1918 werkelijk een socialistische revolutie ontketende.

III. TEKORTKOMING, ONMOGELIJKHEID EN OVERMACHT

A. ALGEMEEN

11. Het voorgaande overzicht van de gevolgen van de Grote Oorlog voor de Nederlandse samenleving en economie dient als achtergrond voor de kern van deze bijdrage, te weten de invloed van de oorlog op het Nederlandse overeenkomstenrecht.

De radicale verandering van economische randvoorwaarden die de oorlog met zich bracht, leidde op grote schaal tot niet-nakoming van contracten en de heronderhandeling van lopende verplichtingen. Het aantal civiele procedures dat werd aangespannen over deze materie, nam begrijpelijkerwijs hoge vlucht. In die procedures kwamen belangrijke vragen van niet-nakoming, toerekenbaarheid van tekortkoming, ontbinding en schadevergoeding aan de orde.

Op het moment van uitbreken van de Grote Oorlog was het Burgerlijk Wetboek van 1838 van kracht. Wat betreft het overeenkomstenrecht was het BW goeddeels een kopie van de Code Napoleon 1804. Het BW maakte een onderscheid tussen wanprestatie en overmacht.

Wanprestatie werd vermoed bij niet-nakoming en leidde tot een schadevergoedingsplicht. Op grond van artt. 1280-1281 BW was de schuldenaar ver-

(32) Voor werkloosheidscijfers 1914-1919 zie bijv. H. DE JONG, in *The Economics of World War I*, 137 e.v.; J. VAN DER FLIER, *War Finances in the Netherlands up to 1918*, 107 e.v.

(33) Dit neemt niet weg dat de opvoeding van scheepsruimte door de VS in 1917-1918 ernstige importproblemen voor Nederland teweegbrachten; zie N. FERGUSON, *The Pity of War 1914-1918* (London: Penguin 1999), 253.

(34) J. VISSER en M. VISSER, "Profijt en protest - Verscherping der sociale tegenstellingen in Nederland gedurende de Eerste Wereldoorlog" in: H. Binneveld (ed.), *Leven naast de catastrofe - Nederland tijdens de Eerste Wereldoorlog* (Hilversum: Verloren 2001), (93) 103-104.

plicht tot vergoeding van de schade van de schuldeiser ingeval van niet of niet tijdig uitvoeren van de verplichtingen uit het contract. Wanprestatie gaf bovendien het recht om de gerechtelijke ontbinding van de overeenkomst te vorderen (art. 1303 BW)(35), waarbij aan de ontbinding terugwerkende kracht toekwam(36). In de rechtspraak waren overigens contractsubstituties gebruikelijk geworden die de schuldeiser het recht gaven om de overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden ingeval van wanprestatie.

Overmacht was, indien bewezen, een grond voor beëindiging van de overeenkomst van rechtswege(37). Bovendien was de schuldenaar in dat geval geen schadevergoeding verschuldigd. Hij moest daartoe ‘toeval’, ‘vreemde oorzaak’ of ‘overmagt’ bewijzen (vgl. ‘cause étrangère’, ‘force majeure’, ‘cas fortuit’ in art. 1147-1148 Code Napoléon).

12. Vanaf zo ongeveer de eeuwwisseling was de heersende opvatting in Nederland dat er geen inhoudelijk verschil was tussen ‘cause étrangère’, ‘force majeure’ en ‘cas fortuit’(38). Deze verontschuldigungsgronden vielen alle onder de noemer *vis maior*, een verontschuldigbare van buiten komende oorzaak voor welke de schuldenaar geen verantwoordelijkheid draagt (noch vanwege diens schuld noch vanwege een voor zijn rekening komende oorzaak).

Aldus werd aangenomen dat aansprakelijkheid voor tekortkoming in de nakoming van de contractuele verplichtingen was gegrond op een vermoeden van schuld van de schuldenaar bij het uitvoeren van de overeenkomst. Kon hij dit vermoeden ontkrachten en dus *vis maior* bewijzen, dan verviel de grond voor aansprakelijkheid(39).

Indien de schuldenaar het afleveren van een specifieke zaak verschuldigd was, werd bovendien het leerstuk van de ‘onmogelijkheid’ van belang. Bij koopovereenkomsten gold bijvoorbeeld op grond van art. 1480 BW (=art. 1302 Code Napoleon) dat als de verschuldigde zaak tenietging buiten de schuld van de schuldenaar, de verbintenis tot aflevering ook tenietging. Daarmee bevatte art. 1480 BW een leerstuk van onmogelijkheid van nakoming. Ingeval van het schuldloos verloren gaan van de zaak kwam zowel de verbintenis tot aflevering te vervallen, elke verplichting tot vergoeding

(35) Art. 1302, 4o BW gaf de rechter de bevoegdheid een ‘terme de grace’ te verlenen.

(36) HR 25 februari 1916, *Loeb / Mulderije*, W 1916, nr. 10022.

(37) Rb. Rotterdam 15 januari 1914, *Wipmuller / NV Hollandsche Aanneming Maatschappij*, NJ 1914, 325.

(38) Zie de verwijzingen bij L.E.H. RUTTEN, *Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht - Derde deel - Verbintenissenrecht - Eerste stuk - De verbintenis* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967), 248.

(39) HR 20 juni 1919, *NV Haagsche Tramweg Maatschappij / Kuys*, NJ 1919, 811.

van de schade alsook de gehoudenheid tot de wederprestatie(40). Op deze manier waren in het contractenrecht de leerstukken van overmacht (art. 1280 BW) en onmogelijkheid (art. 1480 BW) als het ware verbonden: als nakoming onmogelijk was geworden door een oorzaak voor welke de schuldenaar geen verantwoordelijkheid droeg, dan was het contract ontbonden zonder verdere wijzigings- of aanpassingsmogelijkheid. Als de nakoming daarentegen perfect mogelijk werd geacht, dan was geen sprake van onmogelijkheid en deswege evenmin van overmacht. In zowel de rechtsgeleerde doctrine als de rechtspraak lag daarom de nadruk op het vaststellen van de mogelijkheid of onmogelijkheid en niet zozeer op de vraag of sprake was van schuld of overmacht(41).

B. NIET-TOEREKENBARE ONMOGELIJKHEID VAN NAKOMING

13. De Grote Oorlog bleek de eerste ‘stresstest’ voor de regeling van wanprestatie en overmacht in het BW van 1838. Weliswaar waren er eerder conflicten geweest die de handel in West-Europa en dus Nederland hadden getroffen – zoals de Amerikaanse burgeroorlog (1861-1865) en de Frans-Pruisische oorlog (1870-1871) – maar de schaal waarop de Grote Oorlog contractuele rechtsverhoudingen verstoorde, was ongekend. Het was effectief het eerste gewapende conflict dat de Nederlandse handel van alle zijden raakte. Om die reden is het van belang om te bezien hoe het BW deze ‘stresstest’ doorstond.

14. Aan het begin van de oorlog werd in de rechtsgeleerde literatuur gepleit voor een afgemeten benadering tegenover schuldenaren die zich aan hun verplichtingen trachtten te onttrekken. Paul Scholten was fel: “Het staat niemand vrij de ramp die hem trof op een ander af te wentelen. En door een beroep op *force majeure* geschiedt dat maar al te veel”. Hij meende dat “tegenover groote rampen groote krachtsinspanning kan worden geëischt”(42). Ook Willem Molengraaff stelde zich op het standpunt dat uitzonderlijke prijsstijgingen niet tot verontschuldiging van tekortkoming door schuldenaren mochten leiden(43).

15. In gerechtelijke procedures vond deze oproep tot een afgemeten benadering weerklink. Het was de gedaagde schuldenaar die de feiten moest

(40) HR 7 mei 1925, *Baumwollspinnerei Kolbermoor / Van Kempen qq*, NJ 1925, 997. Vgl. Rb. Amsterdam 23 juni 1920, *Comm Handelsvennootschap o/d firma Textielhuis ‘Nederland’ / Handelsvennootschap o/d firma Amsterdamsche Confectiefabriek R Doyes & Co*, NJ 1921, 1160.

(41) Zie een overzicht van deze ontwikkeling bij L.E.H. RUTTEN, *Verbintenissenrecht - Eerste stuk - De verbintenis* (1967), 247 e.v.

(42) P. SCHOLTEN, “Het recht tegenover de huidige crisis - Overmacht bij leveringscontracten”, *WPNR* 1914, nr.2332, (417) 418.

(43) W.L.P.A. MOLENGRAAFF, *De gevolgen van den oorlog op handelsovereenkomsten, in het bijzonder op leveringscontracten* (Utrecht: A. Oosthoek 1915), 16.

stellen en bewijzen die het beroep op overmacht konden schragen(44), en dat was niet eenvoudig. Zo moest de schuldenaar bewijzen dat de obstructie die aan nakoming in de weg stond, bestond op het moment dat de contractuele verplichting uitgevoerd had moeten worden (niet eerder en niet later)(45). Het enkele feit van het uitbreken van de vijandigheden was bovendien onvoldoende specifiek bewijs. Algemene stellingen werden als te weinig gespecificeerd van de hand gewezen.

In algemene zin gold dat de schuldenaar moest bewijzen dat hij alles had gedaan dat in zijn macht lag om zijn verplichtingen na te komen(46). Hij kon bijvoorbeeld niet volstaan met de stelling dat er overheidsrestricties op transport waren ingevoerd; hij moest ook bewijzen dat hij tijdig en serieus had getracht ontheffing te krijgen van die voorschriften(47). In de begindagen kon evenmin het verweer worden gevoerd dat handel met de strijdende partijen bij wet verboden was, omdat de uitbraak van de oorlog als zodanig de levering aan buitenlandse afnemers niet illegaal maakte(48).

16. Het aantal rechtszaken waarin een schuldenaar zich met succes op overmacht kon beroepen, was als gevolg hiervan ronduit klein(49). De toon van rechters was bijna ongelovig als het ging om het beoordelen van overmachtsverweren(50). Een verkoper van Engelse steenkool kon zich bijvoor-

(44) Zie bijv. Rb. Amsterdam 4 april 1919, *J van Heijningen / NV Weduwe IT Numan's Blikfabrieken*, *W* 1920, nr. 10580, 4, gedeeltelijk bevestigd door Gerechtshof Amsterdam 11 november 1921, *W* 1922, nr. 10833, 1; Gerechtshof Amsterdam 27 oktober 1920, *WPNR* 1922, nr. 2715, 4.

(45) HR 22 maart 1918, *NV Wessanen's Koninklijke Fabrieken v Suijling broodfabrikant*, *W* 1918, nr. 10265 = *NJ* 1918, 481, cassatie van Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 april 1917, *NJ* 1917, 591 = *WPNR* 1918, nr. 2512, 87.

(46) Rb. Amsterdam 12 november 1915, *Handelsvennootschap onder firma Van Zweeden en Co / NVM Witsenburg Jr's Agentuur en Commissiehandel*, *NJ* 1916, 427, bevestigd in appel door Gerechtshof Amsterdam 6 oktober 1916, *NJ* 1917, 275; Gerechtshof Amsterdam 23 januari 1920, *NH onder firma Van Wessem & Co te Zaandam v HV onder firma Spliethoff Hass & Co Te Amsterdam*, *NJ* 1920, 396.

(47) Bijv. Rb. Breda 14 januari 1919, *Hout- en Grond-Exploitatie-Maatschappij 'Arbor' / Daems*, *NJ* 1919, 382; Rb. Rotterdam 11 juni 1919, *Jensen / NV van Steen's Rijnrederij*, *W* 1920 nr. 10509, 2; Rb. Den Bosch 30 April 1920, *Klerx / Waisvisz*, *W* 1921, nr. 10703, 4.

(48) Gerechtshof Den Bosch 13 november 1917, *Neles / De Voghel*, *NJ* 1918, 405; Gerechtshof Amsterdam, 14 februari 1923, *Polet / Firma E Gilman & Cie (Soignies, België)*, *W* 1923, nr. 11088, 3 = *NJ* 1924, 212.

(49) J. WERY, *Overmacht bij overeenkomsten* (diss. Leiden, Amsterdam: Kruyt 1919), 132, 110.

(50) Zie bijv. Arbitraal vonnis (Van der Horst, Wollring, Boekenooogen) 14 oktober 1914, *Offermeier / Handelsvennootschap onder firma H Gerritsen*, *WPNR* 1914, nr. 2341, 509; Rb. Utrecht 15 december 1915, *WPNR* 1916, nr. 2448, 572; Rb. Rotterdam 8 december 1915, *NV Magnesitfabrieken voorheen Rosenboom en Co / NV Magnesiet Exploitatie Maatschappij*, *NJ* 1916, 435; Rb. Utrecht, 12 januari 1916, *Hesp / NV Jutphaasche Olie slagerij*, *NJ* 1916, 1056; Rb. Alkmaar 15 november 1917, *NV Turness' Scheepvaart en Agentuur Maatschappij / Burgemeester Houwing qq*, *NJ* 1918, 485; Rb. Amsterdam 13 maart 1918, *Festin / Handelsvennootschap onder firma Drukker, Vigeveno & Co*, *NJ* 1918, 854; Rb. Alkmaar, 23 mei 1918, *Crucq / NV Landbouwkantoor Noord-Holland*, *NJ* 1919, 19; Gerechtshof Arnhem 28 maart 1923, *Schut / Kempeneers* *NJ* 1924, 170.

beeld niet op onmogelijkheid beroepen omdat er op het betreffende moment nog tal van leveringen van steenkool vanuit Engeland plaatsvonden(51). Het lijkt er op dat schuldenaren aan het begin van de oorlog een slechte reputatie hadden verworven door te trachten van hun contractuele verplichtingen af te komen. Die verplichtingen waren op slag een stuk duurder geworden om ten uitvoer te brengen en het niet vervullen van openstaande verplichtingen gaf uitzicht op betere ‘deals’ onder aangepaste voorwaarden. De rechterlijke macht was beducht voor deze tactiek en bejegende schuldenaren die zich onder deze omstandigheden op overmacht beriepen, met scepsis. Dat was in sommige gevallen zonder meer begrijpelijk gezien de soms weinig steekhoudende argumenten die werden gebruikt. Zo probeerden meelhandelaars aan levering te ontkomen door te stellen dat de na contractsluiting van overheidswege ingestelde prijzen zowel een minimum- als maximum-prijs inhielden en dat nakoming tegen de afgesproken prijs daarmee ‘onmogelijk’ was geworden(52).

Het meest succesvol waren de overmachtsverweren die werden gevoerd in verband met de onmogelijkheid om voldoende scheepsruimte te vinden om het zeevervoer en dus de aflevering te laten plaatsvinden(53), met gedwongen afgifte van goederen aan de overheid(54), en specifieke wettelijke restricties die vervoer en export onmogelijk maakten(55).

17. Ook het leerstuk van de uitleg van overeenkomsten stond in het teken van een strenge benadering van schuldenaren. De gerechten waren niet bereid om meer *coulance* in contracten te lezen dan partijen er zelf hadden ingestopt. Zo werd in 1917 in een overeenkomst voor de levering van Belgisch eikenhouten vaten gelezen dat deze geografische aanduiding alleen de oorspronkelijke herkomst van het hout aanduidde en niet de locatie ten tijde van de contractsluiting. De verkoper kon dus niet betogen dat door de onmogelijkheid van import het onmogelijk was om aan de verplichtingen te

(51) Rb. Rotterdam 5 oktober 1916, *Coöperatieve Veevoederfabriek en Olieslagerij ‘De Boerenbond’ / Handelsvennootschap onder firma Jos de Poorter*, NJ 1918, 1030.

(52) Rb. Haarlem 20 oktober 1914, *Flink / NV Koninklijke Fabrieken voorheen Wessanen en Laan*, WPNR 1914, nr. 2341, 507; Rb. Amsterdam 4 december 1914, *Bakery Marcelis / Wicherlink*, WPNR 1915, nr. 2351, 32; HR 25 juni 1915, WPNR 1915, nr. 2388, 497 beslechtte het pleit door te oordelen dat de uitoefening van de nieuw ingevoerde wettelijke bevoegdheid van de overheid om voorraden meel te onteigenen tot onmogelijkheid van nakoming leidde.

(53) Rb. Rotterdam 28 oktober 1915, *Handelsvennootschap onder firma Henri J Hool / Handelsvennootschap onder firm Friede Knurr*, NJ 1916, 423.

(54) Gerechtshof Den Haag 4 december 1916, *Firma JN van der Reijden / Van den Oord*, NJ 1917, 278.

(55) Rb. Leeuwarden 21 oktober 1920, *Firma Gebr Woudstra / Okkinga*, NJ 1921, 145; Rb. Utrecht 26 juni 1918, *Société Anonyme Pégase / Utrechtsche Machinefabriek v/h Smulders & Co*, WPNR 1918, nr. 2547, 473.

voldoen(56). Evenmin was bij soort aanduiding van de te leveren goederen snel sprake van onmogelijkheid (*genus non perit*)(57), en werd onmogelijkheid van vervoer niet spoedig aangenomen als de transportmodus niet contractueel was gestipuleerd(58).

18. Evenzeer streng waren de rechters op de grond dat naarmate de oorlog voortduurde, contractspartijen geacht werden zelf rekening te houden met de onvoorspelbaarheid van het oorlogsverloop. Zo was in de zaak *Keller v Oosterveld & Romijn* sprake van de verkoop in december 1914 door een Nederlandse verkoper aan een Engelse koper van een lading ‘Pruissisch blauw’ (een verfstof), af te leveren aan de koper in de Amsterdamse haven in voorjaar 1915, met een garantie van neutrale herkomst zodat export naar Engeland geen problemen zou veroorzaken. De verkoper was niet in staat om de grondstoffen voor de verfstof te verkrijgen van elders dan uit Duitsland, en de importrestricties op Duitse goederen werden per week strenger. De verkoper mocht zich van de rechter niet beroepen op overmacht, omdat het op de weg van een verkoper ligt om zich er van te vergewissen dat hij bij het aangaan van verplichtingen in staat zal zijn deze na te komen(59). In *Aktien Gesellschaft Mechanische Weberei / De Vries* gebeurde iets soortgelijks. Een Nederlandse verkoper had zich verplicht aan een Duitse koper textiel te leveren voor het vervaardigen van verbandwindsels, onder garantie dat export naar Duitsland vergund zou worden. Na het sluiten van de overeenkomst werd de export (voor de verkoper) onverwacht verboden door de Nederlandse autoriteiten. De rechter constateerde nuchter dat import- en exportregels regelmatig aan wijziging onderhevig waren en dat de verkoper daar maar rekening mee had moeten houden(60).

(56) Gerechtshof Amsterdam 9 oktober 1919, *Simon / Holst*, NJ 1920, 249. Vgl. Gerechtshof Arnhem 15 juni 1920, NJ 1920, 1068. Zie ook ter vergelijking de Engelse zaak *Blackburn Bobbin Co Ltd v TW Allen and Sons Ltd* [1918] 1 KB 540 (KBD), besproken door C. MacMILLAN, ‘English Contract Law and the Great War: The Development of a Doctrine of Frustration’, *Comparative Legal History* 2014, 278-302.

(57) Gerechtshof Amsterdam 30 april 1919, *Handelsvennootschap onder de firma Roskopf en Schoemaker / De Korver*, W 1920, nr. 10588, 3. Vgl. Gerechtshof Arnhem 28 maart 1923, *Schut / Kempeneers*, W 1923, nr. 11052, 2; Gerechtshof’s-Gravenhage 11 november 1929, *Boichel / NV Amsterdamsche Ballast Mij*, W 1929, nr. 12056, 3. Zie ook Rb. Amsterdam 1 juni 1923, W 1923, nr. 11222, 2, waar een Nederlandse verkoper niet in staat was om ijzerdraad te leveren omdat zijn Duitse leverancier door bezetting van het Ruhrgebied (januari 1923 – augustus 1925) niet kon leveren. De rechtbank oordeelde dat er sprake was van wanprestatie van de verkoper omdat het contract niet bepaalde dat het ijzer van Duitse herkomst diende te zijn.

(58) Rb. Den Bosch, 24 June 1921, *Hildebrand / Klapwijk*, W 1922, nr. 10919, 3.

(59) Rb. Amsterdam 14 april 1916, *Keller (London) / Firma Oosterveld en Romijn (Zaandam)*, W 1917, nr. 10087, 2. In dezelfde richting wijst Rb. Zwolle 19 december 1917, *Van Kuyk / firma De Vogel van Calcar & Co*, NJ 1918, 174.

(60) Gerechtshof Amsterdam 16 januari 1920, *Aktien Gesellschaft Mechanische Weberei te Zittau / Firma SI de Vries te Amsterdam*, W 1920, nr. 10552, 2.

C. RISICO-AANVAARDING

19. Overeenkomsten die waren gesloten nadat de oorlog was uitgebroken, werden door de rechterlijke macht gezien als contracten waarbij partijen zelf rekening hadden gehouden met de onvoorzienbaarheden van oorlog. Bij het beoordelen van conflicten over nakoming van die contracten werd door de rechter niet zelden verwezen naar het idee dat de schuldenaar welbewust een risico op zich had genomen met het aanvaarden van de contractsband, nu deze in het volle besef van de onvoorspelbaarheden rondom aanvoer, doorvoer en uitvoer zich niettemin tot prestatie had verplicht. Behoudens concrete bedingen die andersluidend waren, werd de schuldenaar geacht dit risico te hebben aanvaard⁽⁶¹⁾. Zo werd een verkoper die zich had verplicht om te leveren ‘met permissie’ (dat wil zeggen: met exportvergunning), geacht het risico op zich te hebben genomen dat permissie niet zou worden verstrekt⁽⁶²⁾.

20. Bekijken we de rechtspraak over *vis maior* door oorlogstoestand, dan zien we dat dit idee van ‘risicoaanvaarding’ alras een centrale rol is gaan spelen bij de beoordeling van de toedeling van contractuele risico’s⁽⁶³⁾.

(61) Zie voor deze redenering bijv. Rb. Rotterdam 16 december 1915, *Rohn / Handelsvennootschap onder de firma G.J. Dekkers*, NJ 1916, 432; Rb. Rotterdam 1 februari 1917, *Tempeelaars / firma Jos de Poorter*, NJ 1918, 1031; Rb. Den Haag 20 april 1916, *Wijzenbeek / An Englishman*, WPNR 1916, nr. 2423, 278; Rb. Amsterdam 7 maart 1917, *Handelsvennootschap onder firma Feldmann & Co / Firma Van Cleeff Hessian Cy*, NJ 1917, 809; Gerechtshof Arnhem 27 maart 1917, *Handelsvennootschap onder firma W.A. Gerritsen & Zn / graanhandelaar Reijers*, NJ 1917, 881; Rb. Utrecht 18 april 1917, NJ 1917, 1059; Gerechtshof Den Haag 26 juni 1917, *Zwarts / Latenstein van Voorst*, NJ 1917, 863; Rb. Amsterdam 25 juni 1917, *NV Maatschappij voor Commissiehandel / Amsterdamsch Handelskantoor*, NJ 1917, 877; Rb. Rotterdam 7 februari 1918, *Engelsche Vennootschap Van den Bergh Limited / Vennootschap Swift & Company*, NJ 1918, 1045; Rb. Amsterdam 7 juni 1918, *Duives / Handelsvennootschap onder firma Van Doel en Fray*, NJ 1918, 853; Rb. Breda 25 juni 1918, *Van Berkel / handelsvennootschap onder firma P.W. van Lisdonk & Co*, NJ 1919, 52; Gerechtshof Den Haag 28 juni 1918, NJ 1918, 1028; Gerechtshof Den Bosch, 15 februari 1921, *Handelsvennootschap onder de firma Wed A. Maassen (Liege) / A. Knols (Maastricht)*, NJ 1921, 700 = W 1921, nr. 10707, 3; Gerechtshof Arnhem 20 juli 1922, *Van Meerveld / NV Stoomvaartmaatschappij ‘Princenhage’*, W 1923, nr. 10972, 1.

(62) Rb. Amsterdam 18 oktober 1918, *Handelsvennootschap onder firma Behrendt en Bodenheimer (Hamburg) / Henniès*, NJ 1919, 55; Rb. Dordrecht 23 april 1919, *Vetter / Drinkwaard*, NJ 1919, 612.

(63) Zo bijv. Rb. Rotterdam 5 oktober 1916, *Van der Graaf / Beukers cacaoafabrikant*, NJ 1917, 883; Gerechtshof Den Bosch 25 september 1917, *Völker / Handelsvennootschap de Clever Pflanzler-butterfabrik*, NJ 1918, 356; Rb. Haarlem 6 november 1917, NJ 1918, 176, bevestigd door Gerechtshof Amsterdam 26 mei 1919, *Zaman / NV Haarlemsche Stoomzeepfabriek ‘Het Klaverblad’*, NJ 1920, 212; Rb. Maastricht 21 februari 1918, *Gebroeders van A / JA*, NJ 1918, 407; Rb. Amsterdam 31 mei 1918, *Mari / Wijzenbeek*, NJ 1918, 857; Rb. Den Bosch 20 december 1918, *Firma Jos Bots / Walter*, NJ 1919, 635; Rb. Haarlem 13 mei 1919, *Stein Hirsch & Co te New York / NV Haarlemsche Stoomverffabriek voorheen W. Leur & Co*, NJ 1919, 700.

Slechts in een gering aantal gevallen werd geoordeeld dat sprake was van onvoorzienbaarheid van verwezenlijking van het risico(64).

Veelal was in deze zaken sprake van een langdurige verplichting of een verplichting die pas na langere termijn vervuld zou moeten worden(65). Zo werd in de zaak *Kroon / Nord Thomson* geoordeeld over een vijfjaarscontract voor de levering van puddingpoeder; het contract was gesloten in augustus 1914, toen nog rekening werd gehouden met kortdurende vijandigheden, en nakoming werd onmogelijk in 1917 door rantsoenering van overheidswege. De koper stelde zich op het standpunt dat de verkoper dit risico op zich had genomen door na het uitbreken van de oorlog tot contractsluiting over te gaan. De verkoper vond de rechter aan zijn zijde, die oordeelde dat de duur van de oorlog destijds onvoorzienbaar was en dat overmacht aanwezig was nu de overeenkomst de verkoper verplichtte zijn eigen product af te leveren, terwijl dit door overheidsrestricties onmogelijk was geworden(66).

IV. VAN SUBJECTIEVE ONMOGELIJKHEID NAAR ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN

A. EEN PARADIGMATISCHE VERSCHUIVING

21. De Grote Oorlog voedde een juridische discussie die al vanaf de eeuwwisseling gevoerd werd, namelijk of de onmogelijkheid van presteren zowel objectieve als subjectieve onmogelijkheid omvatte(67). Zou ook een beroep op subjectieve onmogelijkheid (*difficultas praestandum* naast *impossibilitas*) ook gehonoreerd moeten worden? Begrijpelijkerwijs was het subjectieve criterium ‘debiteurvriendelijker’. Als hij alles had gedaan wat redelijkerwijs in zijn macht lag om nakoming te verzekeren, dan verkeerde hij in overmacht als zijn inspanningen tot nakoming niettemin faalden door van buiten komende oorzaken die niet voor zijn risico kwamen, ook als objectief gezien de nakoming in theorie nog mogelijk zou zijn.

(64) Gerechtshof Arnhem 25 maart 1919, *Vd Werff en Geldersche Credietvereniging Arnhem / Zweedsche Vennootschap Rederi Aktiebolaget Moeller & Persson te Stockholm*, NJ 1919, 535; Gerechtshof Amsterdam 17 maart 1922, *W* 1923, nr. 10992, 4.

(65) Zie bijv. Rb. Amsterdam 21 februari 1922, *Firma Niehues & Dütting / Van Kempen*, *W* 1922, nr. 10931, 3, waarin werd geoordeeld dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in augustus 1915 het onvoorzienbaar was dat de VS in 1917 de oorlog zouden verklaren aan Duitsland.

(66) Rb. Amsterdam 27 februari 1920, *Firma G Kroon & Co / Nord Thomson exploitant van Nederlandsche Chemische Fabriek*, NJ 1920, 914.

(67) De leer van de subjectieve onmogelijkheid werd in 1904 in het Nederlandse juridische discours geïntroduceerd door J.F. Houwing. Zie J.F. HOUWING, “Overmacht of onmogelijkheid”, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1904, (250) 257. Vgl. L.E.H. RUTTEN, *Verbintenissenrecht - Eerste stuk - De verbintenis* (1967), 247 e.v.

22. Toevallig of niet, de jaarvergadering van de *Nederlandsche Juristen-vereeniging* (NJV) van 1914 was gewijd aan de juridische gevolgen van arbeidsonderbreking en staking. Een van de aspecten die daarbij aan de orde kwamen, was het gevolg van werkonderbreking door het eigen personeel voor de contractuele verplichtingen van de werkgever tegenover diens afnemers etc. De leden stemden ter vergadering in meerderheid voor het toepassen van het subjectieve onmogelijkheidsbegrip(68).

Sommige auteurs stelden zich op het standpunt dat de oorlogsomstandigheden aantoonde dat het subjectieve onmogelijkheidsbegrip onhoudbaar was, aangezien de mogelijkheid om al dan niet te presteren (bijv. bij grondstoffenlevering) ingeval van oorlogsschaarste vooral afhing van de bereidheid van de schuldenaar om tegen een veel hogere prijs de verschuldigde waar in te kopen. Die bereidheid om tegen (groot) verlies de contractuele verplichtingen in ere te houden, kon maar moeilijk tegen een objectieve maatstaf worden beoordeeld, aldus de critici(69). Niettemin bleek de rechtspraak wel bereid om een zeker subjectief element mee te wegen(70). Problematisch aan de doctrine van subjectieve onmogelijkheid was uiteraard dat het geen overtuigende verklaring kon bieden voor het feit dat de subjectieve onmogelijkheid om *geldschulden* te betalen als gevolg van persoonlijke liquiditeitsproblemen nimmer een grond voor verontschuldiging opleverde, maar ook dat de schuldenaar in een contract zich meestal verplichtte tot een resultaat en dat voorzienbare onmogelijkheid geen overmacht (*'vis maior'*) opleverde.

23. Het was vlak na de oorlog dat het debat hierover verder werd uitgediept(71). In zijn dissertatie *'Overmacht bij overeenkomsten'* (Leiden 1919) verkende J.L.L. Wery de grondslag van het overmachtsberoep. Hij poneerde als fundament van de overmachtsleer, naast schuld van de schuldenaar aan het tekortschieten, vooral ook risicotoedeling aan de schuldenaar. In zijn opvatting konden persoonlijke omstandigheden in beginsel geen afdoende verontschuldiging opleveren(72). Die benadering stelde dus minder het

(68) P. SCHOLTEN, *WPNR* 1914, (417) 418.

(69) Bijv. H.M.A. SCHADEE, *Overmacht* (Rotterdam: W.L. & J. Brusse's Uitgeversmaatschappij 1915), 7.

(70) See W.L.P.A. MOLENGRAAFF, *De gevolgen van den oorlog op handelsovereenkomsten, in het bijzonder op leveringscontracten*, 12; E.M. MEIJERS, *Behoort verandering in de feitelijke omstandigheden, waaronder een overeenkomst is gesloten, invloed te hebben op haar voortbestaan? Zoo ja, welke wettelijke regeling is te dien aanzien wenschelijk?* (*Preadvies Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1918*) (Den Haag: F.J. Belinfante 1918), 135 e.v.; M.G. LEVENBACH, *Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden* (diss. Amsterdam) (Amsterdam 1923), 12 e.v.

(71) S. ROYER, "Pacta sunt servanda en de verandering van omstandigheden in het privaatrecht", *RM Themis* 1972, (514) 522 e.v.

(72) J. WERY, *Overmacht bij overeenkomsten*, 1 e.v.; daarover S. VAN BRAKEL, "J.L.L. Wery, *Overmacht bij overeenkomsten*, Akad. Prft. Leiden, 1919 - 140 blz.", *Weekblad van het Regt* 1920, 3; G. KIRBERGER, "Overmacht bij Overeenkomsten (J.L.L. Wery Akad. Prft. Leiden, 1919)", *Rechtsgeleerd Magazijn* 1920, 159-162.

onderscheid tussen mogelijkheid en onmogelijkheid centraal, maar veeleer de toerekeningsvraag van de niet-nakoming als zodanig. Ik schat in dat juist de rechtszaken die de Grote Oorlog teweegbracht, deze verschuiving faciliteerden. Deze rechtszaken lieten namelijk zien dat het onderscheid tussen ‘subjectief’ en ‘objectief’ soms flinterdun was (vanwege het nogal theoretische karakter van wat ‘mogelijk’ is gedurende een oorlogstoestand).

De benadering van risicotoedeling die Wery voorstond, vergemakkelijkte vermoedelijk ook de discussie over de leer van de onvoorziene omstandigheden (*‘imprévision’*, *‘rebus sic stantibus’*). Een voorziening zoals heden ten dage in art. 6:258 BW is neergelegd voor onvoorziene omstandigheden, bestond destijds niet. De risicogedachte bij tekortkoming verlegde de nadruk van onmogelijkheid naar risicotoedeling, en openlijk over risicotoedeling spreken, maakt de weg vrij voor een leer van risicotoedeling bij onvoorziene omstandigheden. Het is in die sleutel dat men de ontwikkeling kan plaatsen van het denken over onvoorziene omstandigheden tussen 1914 en 1949 (dat was het jaar waarin E.M. Meijers met een vraagpuntenprocedure aan het Nederlandse parlement aanving met inventarisatie van de voornaamste beslispunten bij het ontwerpen van het nieuwe BW(73)). Op die tijdslijn bevindt zich bovendien het proefschrift van M.G. Levenbach (1923) dat het fundament legde voor het academische debat over de vraag of er een aparte regeling voor de onvoorziene omstandigheden nodig was.

24. Over dat proefschrift kom ik hierna nog te spreken. Een tussenstap, die nog moest worden gezet, was de ontwikkeling van een moderne visie op het concept van de goede trouw. Art. 1374 BW bepaalde namelijk weliswaar dat contracten te goeder trouw ten uitvoer moesten worden gebracht, en art. 1375 BW voegde daar de aanvullende werking van de goede trouw aan toe, maar de gedachte dat de goede trouw ook aanleiding kon geven tot beperkende werking en aanpassing van de overeenkomst in het licht van onvoorziene omstandigheden, was vooralsnog enkele bruggen te ver voor de rechterlijke macht(74). Hooguit werd erkend dat de goede trouw bij de uitleg van de contractverplichtingen een rol kon spelen (zoals het idee dat strekking boven letterlijke bewoordingen kan gaan), maar voor het overige werd art. 1374 BW terughoudend toegepast. Weliswaar schoof de lagere rechtspraak al langzaam op in de richting van een minder terughoudende toepassing(75), maar de Hoge Raad hield tot zeker 1926 vast aan een ‘contract is contract’-benadering; de beperkende werking van de goede trouw moest nog op uitdrukkelijke acceptatie van de Hoge Raad wachten tot na de

(73) Zie C.J. VAN ZEBEN, J.W. DU PON en M.M. OLTROF, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek; Boek 6 - Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht* (Deventer: Kluwer 1981), 966 e.v.

(74) S. VAN BRAKEL, *Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht, eerste deel* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948), 466; P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw* (diss. UvA; Deventer: Kluwer 1972), 109, 126.

(75) Zie het overzicht bij P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, 110.

Tweede Wereldoorlog. In de *Sarong*-zaak en de *Weefgetouwen-zaak* (1926) werd bijvoorbeeld nog geoordeeld dat art. 1374 en 1375 BW niet de strekking hebben om de kracht te ontnemen aan dat wat uitdrukkelijk tussen partijen krachtens overeenkomst geldt⁽⁷⁶⁾. De Hoge Raad achtte de civiele rechter niet bevoegd om contracten te wijzigen of te beëindigen, ook niet wanneer het duidelijk was dat de oorspronkelijke prijsafspraken in het licht van de dramatisch veranderde wereldmarkten waar het hier om ging, in wanverhouding tot de waarde van de te leveren tegenprestatie waren komen te staan. Meijers en Scholten verwierpen deze rechtspraak. En uiteindelijk bleek de non-interventionistische houding van de Hoge Raad ook niet duurzaam houdbaar, hoewel de Hoge Raad zich pas in 1977 voldoende gesteund voelde door het voortschrijdend wetgevingsproces dat in 1992 resulteerde in de invoering van art. 6:258 BW om ook deze laatste flank van het ‘laissez faire-bastion’ op te geven⁽⁷⁷⁾.

B. VROEGE TEKENEN VAN LATERE ONTWIKKELINGEN

25. Waar de Hoge Raad langdurig aan een enge toepassing van de goede trouw vasthield, was de lagere rechtspraak daar toch niet altijd toe geneigd; ook de doctrine toonde zich minder angstig⁽⁷⁸⁾. Volgens Meijers en Scholten vormden prijsstijgingen die een systematische aard hadden en het bestaan van een gehele groep schuldenaren bedreigden, voldoende rechtvaardiging voor rechterlijk of wetgevend ingrijpen⁽⁷⁹⁾. Het was met name het NJV-advies van Meijers in 1918 dat het zaadje wist te planten voor de verdere ontwikkeling van het rechtsgeleerde denken over onvoorziene omstandigheden als afzonderlijk leerstuk.

De lagere rechtspraak meanderde. Soms werd het risico van kostenfluctuatie gelegd bij de schuldenaar die moest nakomen (tenzij een prijswijzigingsclausule was afgesproken), maar soms ook niet. Zo werd door bepaalde gerechten wel geoordeeld dat een prijsstijging van 20 tot 25 procent genoeg

(76) HR 18 januari 1926, *Stork / NV Haarlemsche Katoenmaatschappij (Sarong)*, NJ 1926, 203 = *WPNR* 1926, nr. 2945, 270; HR 19 maart 1926, *NV Textielfabriek 'Holland' / NV Tattersall & Holdworth Machinefabrieken en Magazijnen 'De Globe' & de Engelsche Vennootschap van Koophandel Butterworth & Dickinson Ltd te Burnley, England*, NJ 1926, 441. Vgl. HR 9 februari 1923, NJ 1923, 676, waarin werd geoordeeld dat de goede trouw de veronderstelde partijwil betrof veeleer dan een externe normatieve maatstaf.

(77) HR 16 december 1977, *Algemeen Ziekenfonds DPZ / X*, NJ 1978, 156; HR 27 april 1984, *NVB / Helder*, NJ 1984, 679.

(78) Vgl. L.E. VISSER, *Behooren ten aanzien van de gehoudenheid tot nakoming eener verbintenis bijzondere regelen te gelden met betrekking tot werkstaking, en zoo ja, welke?* (preadvies NJV) (Den Haag: F.J. Belinfante 1914), 6 e.v.; E.M. MEIJERS, *Preadvies Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1918*, 175 e.v.; J. WERY, *Overmacht bij overeenkomsten*, 131 e.v.

(79) E.M. MEIJERS, *Preadvies Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1918*, 177; P. SCHOLTEN, *WPNR* 1914, nr. 2332, (417) 420; vgl. P. SCHOLTEN, *Verzamelde Geschriften* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949), 40 e.v. Vlak na de uitbraak van de oorlog hadden zij gezamenlijk gepleit voor een speciale wettelijke ‘oorlogssurséance’; zie E.M. MEIJERS, P. SCHOLTEN, “Het recht tegenover de huidige crisis – Oorlogssurséance”, *WPNR* 1914, nr. 2330, 389 e.v.

was om *vis maior* aan te nemen(80), terwijl andere gerechten stijgingen hoger dan 25 procent en zelfs meer dan 60 procent juist niet voldoende verontschuldiging vonden(81).

26. Dat de wetgever overigens al in 1914 het fundamentele idee accepteerde dat in noodtoestand de knellende contractsband interventie nodig heeft, blijkt overigens uit de haastige *moratoria* die bij aanvang van de oorlog werden afgekondigd. Hoewel in vredestand geen mededogen bestond met schuldenaren die geldschulden niet konden betalen(82), kan in oorlogsomstandigheden geld ‘verdampen’ door bijvoorbeeld het instorten van het vertrouwen in het (internationale) bancaire systeem(83). In augustus 1914 instrueerde de Minister van Justitie de gerechten en deurwaarders om *coulance* te betrachten tegenover die schuldenaren die door de acute noodsituatie niet in staat waren te betalen(84). Later volgde een wettelijke regeling, de Uitwinningswet 1914(85). De wet hield niet een algemeen moratorium in, maar gaf schuldenaren de mogelijkheid om de rechter te verzoeken om een zesmaands betalingsuitstel (of uitstel van faillietverklaring of beslagexecutie). Zij moesten dan wel aantonen dat een vóór het uitbreken van de oorlog ontstane geldschuld als gevolg van het uitbreken niet kon worden voldaan(86). Het invoeren van de wet toont als zodanig aan dat het idee van interventie in contractuele verplichtingen minder exotisch werd geacht door de wetgever dan de Hoge Raad het kennelijk vond(87).

(80) Rb. Den Bosch 26 maart 1915, *Firma H Van Roosmalen en Zoon / Firma Chr Fles*, NJ 1916, 439; Gerechtshof Den Haag 8 december 1916, *Engel / Coöperatieve Inkoopvereeniging van Roomsche Katholieke brood-, koek- en banketbakkerspatoons St Hubertus*, W 10129, 2. Vgl. ook Rb. Utrecht 14 maart 1917, *Kommanditgesellschaft onder firma Geybotle en Cie, Zwickau / Revermann, Utrecht*, W 10117, 3 = NJ 1018, 97.

(81) Gerechtshof Amsterdam, 2 March 1917, *NV Rhurorter Oelfabrik te Amsterdam / Habermehl te Nieuwveen*, W 10140, 3. Vgl. hierover ook P.W. KAMPHUISEN, “De leer van het justum pretium herleefd”, *WPNR* 1933, nr. 3315, 282.

(82) Vgl. Rb. Almelo 5 januari 1916, *Koudijs / Plaggemars*, NJ 1916, 1162.

(83) Vgl. over geldbetalingen onder oorlogsomstandigheden Rb. Breda 26 juni 1917, *Gerhardus und Söhne AG / Dierckx*, NJ 1917, 810; Rb. Middelburg 9 januari 1918, W 1918, nr. 10220; Rb. Winschoten 5 juni 1918, NJ 1918, 1001; Rb. Utrecht 27 februari 1918, *NV Utrechtse Bank / Eppinghausen*, NJ 1918, 1048.

(84) Zie nt. 6.

(85) Wet van den 4den September 1914, houdende bepalingen, strekkende om den rechter de gelegenheid te geven dadelijke uitwinning te voorkomen naar aanleiding van geldelijke moeilijkheden ten gevolge van de tegenwoordige buitengewone omstandigheden, *Stb.* 1914, 444 (‘Uitwinningswet’ of ‘Uitstelwet’). Over de totstandkoming van deze wet zie bijv. M.W.F. TREUB, *Oorlogstijd. Herinneringen en indrukken* (Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1916), 258 e.v.; I.J. BRUGMANS, *Paardenkracht en Mensenmacht* (Den Haag: M. Nijhoff 1961), 435; P. MOEYES, *Buiten Schot - Nederland tijdens de Eerste Wereldoorlog*, 189-190.

(86) Zie N. DE BENEDITTY, “De Oorlog en de Huurovereenkomst”, *WPNR* 1915, 513-516, die bijv. bepleitte dat de wet ook op huurovereenkomsten van toepassing diende te zijn. Er zijn nauwelijks gepubliceerde uitspraken over de toepassing van de wet. Dit kan wellicht erop duiden dat *coulance* hoe dan ook werd betracht.

(87) Vgl. ook het voorstel van Meijers en Scholten voor een ‘oorlogssurséance’; E.M. MEIJERS, P. SCHOLTEN, “Het recht tegenover de huidige crisis – Oorlogssurséance”, *WPNR* 1914, nr. 2330, 389 e.v.

C. WEERSTAND TEGENOVER RESPONSIVITEIT

27. Exotisch of niet, de wetgever bleek niet bereid om een algemene wettelijke regeling inzake de onvoorziene omstandigheden te introduceren, ook niet na afloop van de oorlog. De NJV-vergadering had in de zomer van 1918, toen de oorlog dus nog voortduurde, gestemd voor de introductie van een wettelijke regeling die aanpassing van overeenkomsten door onvoorziene omstandigheden mogelijk maakte, zodat in plaats van nakoming aanpassing of gehele of gedeeltelijke schadevergoeding mogelijk werd. De vergadering stemde ook voor de onmiddellijke introductie van een wettelijke regeling voor overeenkomsten die door de oorlog waren beïnvloed⁽⁸⁸⁾. De rechtsgeleerde literatuur wees ook in die richting⁽⁸⁹⁾. De latere hyperinflatie die zich in de jaren '20 in Duitsland voordeed en de economische crisis van de jaren '30 waren ook voor de rechtsgeleerde auteurs die nog niet overtuigd waren door de Grote Oorlog, toch zeker voldoende grond om een rechterlijke of wettelijke regeling van de onvoorziene omstandigheden voor te staan⁽⁹⁰⁾. De wetgever heeft de handschoen niet opgepakt, ook niet in het Interbellum⁽⁹¹⁾. Dat wil zeggen: er werd geen algemene regeling geïntroduceerd. Op deelgebieden had de wetgever zich daarentegen inmiddels niet onbetuigd gelaten wat betreft marktinterventie, variërend van prijsvoorschriften tot directe contractdwang. Op een later moment, in de jaren '30, toen de economische crisis Nederland hard raakte, was de wetgever wel bereid om ernstig in te grijpen in bestaande overeenkomsten in bepaalde

(88) *Handelingen NJV 1918-I* tweede stuk, 81-82.

(89) Bijv. E.M. MEIJERS, *Preadvies Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1918*, 177; T.A. FRUIN, *Behoort verandering in de feitelijke omstandigheden, waaronder eene overeenkomst is gesloten, invloed te hebben op haar voortbestaan?* (*Preadvies Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1918*) (Den Haag: F.J. Belinfante 1918), 46; P. SCHOLTEN, *WPNR* 1914, (417) 420; H. VERKOUTEREN, "Oorlogscontracten", *Weekblad van het Recht* 1921, 4; M.G. LEVENBACH, *Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden*, 1 e.v. Vgl. P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, 129 e.v.

(90) Bijv. M.H. BREGSTEIN, "Moet den rechter de bevoegdheid toekomen verbintenissen uit overeenkomst op bepaalde gronden, zooals de goede trouw, te wijzigen? Zoo ja, in welke gevallen en in hoeverre (preadvies NJV 1936)" in: *Verzameld werk* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960), 200-257. Zie ook de betogen van Kamphuisen en De Beneditty, die zich als pleitbezorger van 'iustum pretium' en de *imprévision*-leer ontpoppen. Zie P.W. KAMPHUISEN, "De leer van het iustum pretium herleeft", *WPNR* 1933, nr. 3314 e.v., 273 e.v. DE BENEDITTY, licht onder invloed van M.G. LEVENBACH, *Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden (diss. Amsterdam)* (Amsterdam 1923), stelt e.e.a. in de sleutel van de 'equivalentie' van prestaties. Hij heeft daarbij vooral het oog op dwingend-rechtelijke wetgeving die de contractsvrijheid beperkt: "De wil van partijen heeft zich verkeerd in den wil van de ordenende gemeenschap, ordenend in den zin van meerdere economische gelijkheid, meer evenwicht, meer equivalentie scheppend, desnoods met opheffing der contractsvrijheid" (N. DE BENEDITTY, "Gelijkwaardige of bedongen contra-prestatie?", *WPNR* 1936, nr. 3446, 20).

(91) Zie ingezonden bijdrage van Th. A. FRUIN, *W* 1919, nr. 10485, 4, met verwijzing naar de Belgische wetgeving die het probleem wél aanpakte. Zie ook M.H. BREGSTEIN, *Verzameld werk* (1960) (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960), 200-201.

sectoren(92). Een algemene rechterlijke bevoegdheid tot ingrijpen kwam er evenwel niet. De Hoge Raad interpreteerde dat kennelijk als een teken dat hij vooral inactief moest blijven op dit punt. In het Interbellum waren er in elk geval geen tekenen dat de hoogste rechter *sua sponte* bereid zou zijn toe te staan dat overeenkomsten onvrijwillig gewijzigd zouden moeten kunnen worden op grond van onvoorziene omstandigheden, terwijl de mogelijkheid daartoe in het Engelse en Duitse recht – de jurisdicties waaraan Nederlandse civilisten zich in die tijd al graag spiegelde – inmiddels wél was ontstaan of ernstig werd overwogen(93).

28. Het ‘*Mark is Mark*’-arrest van 1931 toont dit duidelijk. Het betrof de terugbetaling in 1924 van een geldlening die was uitgedrukt in Duitse valuta. De debiteur was gevestigd in Nederland, de crediteur in Duitsland. De overeenkomst was aan Nederlands recht onderworpen, zodat de *Aufwertungsgesetz 1925* en de daaraan voorafgaande Duitse rechtspraak er niet op van toepassing was. Het Nederlands recht kende begrijpelijkerwijs geen wetgeving die de omzetting van oude Mark naar nieuwe Reichsmark regelde. De vraag was dus wat de debiteur van 125.000 oude Papiermark, die na hyperinflatie en de introductie van de nieuwe Reichsmark nominaal gezien waardeloos was geworden, moest terugbetalen: de nominale oude waarde of de nieuwe waarde. De Hoge Raad meende dat er geen wettelijke grond was – ook niet in de goede trouw gelegen – om tot aanpassing van de nominale schuld over te gaan. Meijers en Scholten oordeelden hard over de uitspraak: deze kwetste het rechtsgevoel en maakte de rechtspraak nodeloos impopulair(94). Anderen meenden dat valutaschommelingen nu juist een risico betreffen dat contractueel bij een van beide partijen behoort

(92) Zie bijv. de *Schuldbrievenwet 1934*, de *Crisis-Hypothekaflossingswet 1936* en de *Crisispachtwet 1932*. Voor een contemporaine schets van deze ontwikkeling, zie J. VALKHOF, *Een Eeuw Rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938)* (Amsterdam: Arbeiderspers 1938), 233 e.v. Vgl. C.J.H. JANSEN, “De Geldschieterswet van 28 januari 1932 (Stb. 19)”, *NTBR* 2015, (180) 186.

(93) A. THIER, “Legal History” in: E. Hondius en H.C. Grigoleit (ed.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2011), (15) 27 e.v. Zie voor Engels recht bijv. C. MACMILLAN, *Comparative Legal History* 2014, 278 e.v.; J. OOSTERHUIS, “Unexpected Circumstances Arising from Word War I and Its Aftermath: ‘Open’ Versus ‘Closed’ Legal Systems”, *Erasmus Law Review* 2014, 67-79. Wat betreft het Duitse recht vóór het standaardwerk van P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff* (1921), zie R. MEYER-PRITZL, “§§ 313-314. Störung der Geschäftsgrundlage. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund” in: M. Schmoeckel, J. Rückert en R. Zimmermann (ed.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB-Band II/2 Schuldrecht: Allgemeiner Teil; 2 Teilband* (Tübingen: Mohr Siebeck 2007), 17-8 e.v. Vgl. J.P. DAWSON, “Effects of Inflation on Private Contracts: Germany, 1914-1924”, *Michigan Law Review* 1934, (171) 178 e.v.

(94) Zie HR 2 januari 1931, cv onder firma *Wm. H. Müller & Co / M.J. Baronesse van Heerdt*, NJ 1931, 274 met annotatie E.M. MEIJERS; P. SCHOLTEN, “Recht en Gerechtigheid” (rede 1932), in: *Verzamelde Geschriften I*, (296) 305, schreef: “Had ik moeten vonnissen, ik zou anders hebben beslist”. Ook kritisch M.G. LEVENBACH, *Jets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden*, 200 e.v.

terecht te komen, in dit geval de geldschiet(95). Lagere rechters trokken zich niet altijd iets aan van deze harde lijn van de Hoge Raad; onvoorziene omstandigheden werden aldus soms tóch door de rechter meegewogen(96). Weerstand en responsiviteit wisselden elkaar dus af.

V. NEUTRALITEIT VAN OVEREENKOMSTENRECHT

29. Een laatste perspectief op de ontwikkelingslijnen van het overeenkomstenrecht onder invloed van de Grote Oorlog biedt de neutraliteitsdoctrine. Uiteraard betreft die allereerst de volkenrechtelijke verhoudingen tussen de strijdende partijen en het Koninkrijk; we zagen in II welke uitdagingen neutraliteit met zich bracht voor de sociaal-economische toestand van Nederland en hoe de regering met een vreemdsoortige oplossing van ‘zelfregulering’ in de vorm van de N.O.T. deze neutraliteit probeerde om te zetten in handelsbeleid.

30. In zekere zin kwam neutraliteit ook in civiele geschillen naar voren. Zo was er een zaak waarin een Duitse verkoper in het voorjaar van 1914 aan een Engelse koper de aflevering van goederen had beloofd in de Rotterdamse haven, betaling tegen documenten(97). Toen eenmaal de oorlog was uitgebroken, weigerde de koper te betalen. Hij stelde zich op het standpunt

(95) Vgl. bijv. L.E.H. RUTTEN, *Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht - Derde deel - Verbintenissenrecht - Tweede stuk - De overeenkomst en de verbintenis uit de wet* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961), 274-275, en uitgebreider A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht - Algemeen overeenkomstenrecht (Deel 6-III van Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)* (Deventer: Kluwer 2014), 418-421. Zo ook Regeringscommissaris W. Sniijders ter gelegenheid van de parlementaire behandeling van het Ontwerp BW (zie C.J. VAN ZEBEN, J.W. DU PON en M.M. OLTHOF, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek; Boek 3 – Vermogensrecht in het algemeen* (Deventer: Kluwer 1981), 50). Instemmend dezelfde W. SNIJDEERS, *De betrekkelijke waarde van de wet in euroland* (oratie Amsterdam, Amsterdam: Vossiuspers 2002), 15. In deze opvatting zouden disruptieve crises zoals hyperinflatie hooguit met wettelijke oplossingen en niet met rechterlijke gefröbel aangepakt dienen te worden (W. SNIJDEERS, t.a.p., 14, spreekt van ‘rechterlijke zelfoverschatting’). Het argument van het wetgevend prerogatief verdient m.i. enige nuancering. In de casus die leidde tot het ‘*Mark is Mark*’-arrest, was de overeenkomst niet onderworpen aan Duits recht en dus niet onderworpen aan de rechtspraak van het Reichsgericht op grond van ‘*Treu und Glauben*’ en de *Aufwertungsgesetz* 1925. Zou het contract dat wél zijn geweest, dan zou vermoedelijk (enige) aanpassing van de geldschuld hebben plaatsgevonden (zie O. MÜGEL, *Das gesamte Aufwertungsrecht* (Berlin: Liebmann 1925) 166-167; anders: Regeringscommissaris W. SNIJDEERS, t.a.p.). Begrijpelijkerwijs kende Nederland geen wetgeving ter compensatie van de Duitse hyperinflatie.

(96) Bijv. Gerechtshof Amsterdam 11 januari 1922, *NV Hollandia / Firma HC van Hulsteijn & Zoon*, *W* 1922, nr. 10904, 1; Rb. Utrecht 14 maart 1917, *Kommanditgesellschaft onder firma Geybotle en Cie, Zwickau / Revermann, Utrecht*, *W* 10117, 3 = *NJ* 1018, 97; Gerechtshof Den Bosch 30 november 1920, *NV Weerter Scheepsbouw Maatschappij / H Damen*, *W* 1921, nr. 10667, 2 = *NJ* 1921, 151.

(97) Rb. Rotterdam 17 december 1915, *W* 1916, nr. 9898, 2-3 = *NJ* 1916, 434; Gerechtshof Den Haag 24 november 1916, *W* 1917, nr. 10060, 2 = *NJ* 1917, 279 = *WPNR* 1917, nr. 2466, 159; HR 2 november 1917, *Henkel & Co, Düsseldorf / Brice Whyte & Sons Ltd, Glasgow / Liverpool*, *NJ* 1917, 1136 = *WPNR* 1917, nr. 2500, 572.

dat de Engelse *Trading with the Enemy Proclamation* no 2 van 9 september 1914 het hem onmogelijk maakte om te betalen. Het zou hem namelijk strafrechtelijke vervolging in Engeland opleveren. De Nederlandse Hoge Raad oordeelde evenwel:

“(...) O. daaromtrent:

dat door verweerster gevorderd is veroordeling tot nakoming eener overeenkomst, in Nederland uitgevoerd en beheerscht door Nederlandsch recht, terwijl eischeres, zich beroepende op overmacht, die haar verhindert hare verbintenissen hier te lande na te leven, als zoodanig uitsluitend beroep doet op een verbod, vervat in een Engelsche wet, zoowel omdat een zedelijke plicht haar zou gebieden aan dat verbod te gehoorzamen, als uithoofde van onaangename gevolgen welke zij vreest dat het niet naleven van dat verbod voor haar zal kunnen hebben;

O., echter, dat het voorschrift eener vreemde wet den loop des rechts hier niet vermag te keeren, en waardeloos is het beroep op de gevolgen ter voorkoming aan het vervullen van een rechtsplicht, door dengene die wist voor de gevolgen zijner handeling aan Nederlandsch recht, onderworpen te zijn; O., dat mitsdien het middel is ongegrond; (...)”(98).

Men zou de weigering om het beroep op onmogelijkheid en overmacht te honoreren, kunnen zien als een strenge toepassing van de neutraliteitsgedachte(99). Wie er ook in het civiele geding voor de rechter kwam, of het nu een Duitse, Engelse, Belgische of Nederlandse ondernemer was, dezelfde strenge regels zouden worden toegepast. We zien dit op het vlak van de beperkingen die vreemde mogendheden oplegden aan hun onderdanen wat betreft ‘betalingen aan de vijand’. Die beperkingen werden door de Nederlandse rechtbanken en hoven niet aanvaard als verontschuldiging om niet te betalen of niet te presteren. Niet alleen zou aanvaarding betekenen dat vreemd recht gelding kreeg in Nederland, maar het zou ook in strijd zijn met de neutraliteitsleer. Deze begrijpelijke onwrikbaarheid betekende tegelijkertijd dat er geen ruimte werd gegeven aan de ontwikkeling van de beperkende werking van de goede trouw als instrument van contractsaanpassing. Op deze wijze convergeerde het overeenkomstenrecht met de neutraliteitsdoctrine. In dat licht kan men daarom ook de ‘*Mark is Mark*’ uitspraak beschouwen. De weigering om de Duitse omzettingwet toe te passen op een door Nederlands recht beheerste rechtsverhouding en daarmee de vordering van de schuldeiser alleen in oorspronkelijke Marken te erkennen, kan men zien als hardvochtig, maar ook als een vorm van neutraliteit. Om de late ontwikkeling van het leerstuk van onvoorziene omstan-

(98) HR 2 november 1917, *Henkel & Co, Düsseldorf / Brice Whyte & Sons Ltd, Glasgow / Liverpool*, NJ 1917, 1136 = *WPNR* 1917, nr. 2500, 572.

(99) Vgl. F.A. MOLSTER, *Oorlog en handelsovereenkomst* (oratie Amsterdam; Amsterdam: Elsevier 1914), 10.

digheden op te hangen aan de zaak ‘*Mark is Mark*’, gaat dan misschien wel aan die (internationale) kern van de uitspraak voorbij.

VI. AFSLUITING

31. De Grote Oorlog beëindigde in Europa het non-interventionisme van de tweede helft van de 19e eeuw(100). Het mechanisme van statelijk ingrijpen in de economie als geheel ging niet meer weg. Sterker nog: het *Interbellum* werd gekenmerkt door meer en meer wetgevend ingrijpen in bestaande markten. De Nederlandse overheid had weliswaar een relatief eenvoudige taak in vergelijking met die van de naties die in oorlogshandelingen verwickeld waren, maar er was niettemin genoeg ervaring opgedaan met chaos, onzekerheid, tekorten, migratie en oproer dat een non-interventionistische houding voorgoed had afgedaan(101). Het betekende daarmee ook dat verwijzing naar ‘het beginsel van contractsvrijheid’, als het ooit al een correcte beschrijving was van de voordien bestaande wereld, voortaan met een grote korrel zout genomen moest worden(102).

Tegelijk moeten we constateren dat tijdens de Grote Oorlog een aantal zaden in het Nederlandse overeenkomstenrecht werden geplant die later tot wasdom wisten te komen. Nu is het bewijs van causaliteit van verandering in de rechtshistorie een risicovolle onderneming(103), dus we moeten voorzichtig zijn met het aanwijzen van duidelijke oorzaken en gevolgen. Ik heb daarom niet willen betogen dat de Eerste Wereldoorlog onmiskenbaar een keerpunt is wat betreft het Nederlandse overeenkomstenrecht. Wel meen ik te kunnen zeggen dat de Grote Oorlog als de eerste werkelijke ‘stresstest’ fungeerde voor het Nederlandse overeenkomstenrecht van het Burgerlijk Wetboek 1838 en dat uit die ‘test’ volgde dat de verhouding tussen de concepten ‘onmogelijkheid’ en ‘overmacht’ aan herijking toe was. Ook volgde uit de ‘stresstest’ dat de rechtspraak, de Hoge Raad voorop, zichzelf overwegend als neutrale handhaver van gedane beloften positioneerde. De doctrine van onvoorziene omstandigheden deed er bijvoorbeeld nog een aantal decennia over om werkelijk te worden omarmd door Hoge Raad en wetgever.

(100) G. HARDACH, *The First World War 1914-1918* (London: Allan Lane 1977), 283 e.v.; R. FINDLAY en K.H. O’ROURKE, *Power and Plenty - Trade, War, and the World Economy in the Second Millennium* (Princeton: Princeton U.P. 2007), 429.

(101) S. KRUIZINGA, *Overlegeconomie in oorlogstijd*, 305; C.J.H. JANSSEN, *NJB* 2014, 1491-1499.

(102) Vgl. S.R. EIFFLER, “Die ‘Feuertaufe’ des BGB: Das Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Kriegswirtschaftsrecht des 1. Weltkriegs”, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 1998, (238) 239.

(103) Over causaliteit in (rechts)geschiedenis bijv. R.J. EVANS, *In Defence of History* (London: Granta 2000), 129 e.v.; N. FERGUSON, *Virtual History* (London: Picador 1997), 1 e.v.

Wat ook duidelijk is geworden, is dat de rechtsgeleerde doctrine – zeker in de latere oorlogsjaren – in overwegende mate openstond voor vernieuwing; waar de eerste ingeving was om schuldenaren zoveel als mogelijk letterlijk aan hun verplichtingen te houden, bleek nadien dat werken als dat van Wery over overmacht en dat van Levenbach over onvoorziene omstandigheden het pad wisten te effenen, naast het stempel dat Meijers en Scholten drukten, voor de herijking van overmacht en onvoorziene omstandigheden. Zo wist responsiviteit uiteindelijk een tegengewicht te bieden aan weerstand en uitingen van neutraliteit.

SOMMAIRE

LA GRANDE GUERRE ET LE DROIT DES CONTRATS DES PAYS-BAS - NEUTRALITÉ, RÉSISTANCE ET RÉACTIVITÉ

Pour ne pas se trouver piétiné entre les puissances centrales et les armées alliées, pendant la Première Guerre mondiale, le Royaume des Pays-Bas s'en est tenu à sa politique de neutralité. Si les Pays-Bas ont ainsi réussi à se tenir à l'écart des opérations militaires, la guerre n'en a pas moins laissé des traces dans leurs relations socio-économiques. Le présent article se focalise sur l'influence directe et indirecte de la Grande Guerre sur le droit des contrats des Pays-Bas.

Un premier effet direct s'est fait sentir quasi directement dès le 28 juillet 1914 et par après. Le cadre juridique permettant de parer aux conséquences directes, telles que la paralysie du commerce, des mouvements financiers et de l'approvisionnement alimentaire, s'avérait inadéquat. En conséquence, intervinrent très rapidement des interventions directes du législateur pour suspendre les transactions boursières et réguler de façon radicale le monde de la banque et des finances.

Un autre aspect de la Grande Guerre en droit contractuel concernait la *N.V. Nederlandsche Overzee Trustmaatschappij (N.O.T. ou Société Fiduciaire hollandaise d'outre-Mer, S.A.)*. Septembre 1914 vit la mise en place d'un remarquable réseau contractuel entretenu par la N.O.T. Cette personne morale développa une chaîne de contrats destinée à soutenir la politique de neutralité commerciale du gouvernement des Pays-Bas. La décision de confier à une personne morale privée, plutôt qu'à l'Etat, l'initiative de la régulation des importations et exportations permettait, pendant un certain temps, de louvoyer habilement entre l'Amirauté anglaise et l'Empire allemand. Au plan économique, en effet, les Pays-Bas dépendaient des deux. Le système de licences ou autorisations ("*consenten*") pour les importations et les exportations, utilisé par la N.O.T., constituait un système commercial entièrement basé sur l'auto-régulation et donc le droit des contrats, qui permettait d'établir une séparation entre la contrebande (conditionnelle) et les marchandises en commerce libre. Dans une phase ultérieure de la guerre, le rôle du droit des contrats prit fin et les importations et exportations devinrent de plus en plus problématiques.

Un autre aspect consistait dans l'application de la théorie de la force majeure. En raison de la rapide augmentation des prix des marchandises et de leur transport, la théorie de la force majeure contractuelle se heurta à des pressions. Depuis l'introduction au Code civil en 1838, le pays n'avait connu aucun conflit international aussi déstabilisant que cette guerre. En un certain sens, la Grande Guerre constituait dès lors une sorte de "*stresstest*" de la viabilité de théories centrales du droit des contrats, comme la théorie de la force majeure et de l'impossibilité. Il semble que, au début de la guerre, on n'acceptait quasiment plus aucune souplesse à l'égard de débiteurs en difficulté: invoquer la force majeure était rarement accepté. En doctrine juridique aussi, on ne montrait que peu d'empathie avec des débiteurs confrontés à des prix de revient en hausse. L'argumentation était que ces débiteurs essayaient, en invoquant la force majeure, de se défaire de leur contrat pour contracter ensuite à des prix nettement plus avantageux. Cette approche ne rencontrait guère de compréhension. Toutefois, à mesure que la guerre se prolongeait, les choses se modifièrent quelque peu. Certes, les débiteurs qui s'engageaient en

pleine connaissance de l'incidence des circonstances de guerre, se voyaient plus d'une fois confrontés à la notion d'acceptation du risque; certains juges des faits se montraient cependant disposés à accepter le recours au concept de circonstances imprévues. Ces évolutions prudentes vinrent alimenter deux discussions: (1) la discussion sur la question de savoir si la force majeure comprenait l'impossibilité tant objective que subjective (*impossibilitas* et *difficultas*) et (2) la discussion sur la question de savoir si des circonstances imprévues pouvaient donner lieu à la résolution ou à l'adaptation du contrat. Les deux discussions ne furent pas tranchées par le pouvoir judiciaire pendant ou directement après la guerre, mais firent l'objet de débats dans la doctrine juridique. Le *Hoge Raad* (Cour suprême) demeura extrêmement réservé, en 1926, il jugea que la bonne foi ne peut remettre en cause la parole contractuellement donnée, même pas à la lumière de rapports de valeurs totalement modifiés après la guerre. En 1931, le *Hoge Raad* prolongera cette approche rigoureuse dans l'arrêt "*Mark is Mark*" où il fut décidé que le principe de la nominalité en cas de dettes d'argent ne peut être écarté, même en cas d'hyper-inflation. En doctrine, cette approche suscita pourtant de la résistance; des juridictions inférieures choisirent plus d'une fois leur propre voie. Avec ce que l'on sait à présent, la Première Guerre mondiale peut être considérée comme un des facteurs expliquant l'introduction progressive de la théorie des circonstances imprévues ou de l'imprévisibilité et la progression ultérieure de la bonne foi. Entretemps, l'on pourrait considérer la jurisprudence contemporaine du *Hoge Raad*, jusqu'à un certain niveau, comme une expression de la politique de neutralité des Pays-Bas.

L'analyse des événements montre que des dogmes comme la liberté contractuelle et le libre fonctionnement du marché ont définitivement perdu leur emprise durant la Grande Guerre, en ce compris dans un pays neutre comme les Pays-Bas. Certainement à long terme, lorsque la guerre s'avéra durer beaucoup plus longtemps que d'aucuns ne l'avaient prévu, la distribution forcée de biens et services et, avec elle, la forte contrainte imposée dans des contrats et la régulation des marchés, devinrent nécessaires. La Première Guerre mondiale peut dès lors assurément être considérée comme la fin définitive de la conception du laissez-faire en droit des contrats.

ZUSAMMENFASSUNG

DER ERSTE WELTKRIEG UND DAS NIEDERLÄNDISCHE VERTRAGSRECHT – NEUTRALITÄT, WIDERSTAND UND RESPONSFÄHIGKEIT

Um nicht zermalmt zu werden zwischen den Mittelmächten und den alliierten Armeen, hat das Königreich der Niederlande im Ersten Weltkrieg eine Neutralitätspolitik hantiert. Obwohl es den Niederländern hierdurch gelang, außerhalb der Kampfhandlungen zu bleiben, hat der Krieg in den Niederländischen sozialökonomischen Beziehungen seine Spuren hinterlassen. Zentral in diesem Beitrag wird der direkte und indirekte Einfluss des Ersten Weltkrieges auf das Niederländische Vertragsrecht untersucht.

Eine erste direkte Folge ließ sich schon sofort am und nach dem 28. Juli 1914 fühlen. Der rechtliche Rahmen für die unmittelbaren Folgen, wie die Lähmung von Handel, Geldmarkt und auch Lebensmittelversorgung, erwies sich als unzureichend. Schnelles Eingreifen des Gesetzgebers in den freien Handel folgte, wodurch der Handel der Börse eingestellt wurde und das Bank- und Währungssystem eingreifend reformiert wurden.

Ein weiterer vertragsrechtlicher Aspekt des Großen Krieges betraf die N.V. *Nederlandsche Overzee Trustmaatschappij* (N.O.T.). September 1914 wurde ein bemerkenswertes vertragsrechtliches Netzwerk aufgebaut, das unterhalten wurde durch die N.O.T. Diese Rechtsperson entwickelte eine Kette von Verträgen, um die neutrale Handelspolitik der Niederländischen Regierung zu unterstützen. Durch einer privaten Rechtsperson statt dem Staat die Führung zu geben bei der Regulierung des Im- und Exports, wurde einige Zeit lang geschickt zwischen der Englischen Admiralität und dem Deutschen Kaiserreich laviert. Die Niederlande waren immerhin wirtschaftlich abhängig von beiden. Das System von "Consenten" für Import und Export, das die N.O.T. hantierte, war ein wirtschaftliches System, vollständig auf Selbstregulierung und deswegen auf Vertragsrecht basiert, das (bedingte) Schmuggelware zu scheiden wusste von frei zu verhandelnden Gütern. In einer späteren Phase des Krieges war die Rolle des Vertragsrechts ausgespielt und wurde Import und Export immer problematischer.

Ein weiterer Aspekt war die Anwendung der Lehre von höherer Gewalt. Durch die schnell steigenden Preise von Gütern und deren Transport kam die Lehre der höheren Gewalt unter Druck. Seit der Einführung des Zivilgesetzbuches 1838 war noch kein so zerrüttender internationaler Konflikt ausgebrochen als dieser Krieg. In gewisser Weise war der Große Krieg deswegen auch ein "Stresstest" für die Haltbarkeit der zentralen Lehren des Vertragsrechts, wie zum Beispiel die Lehre von höherer Gewalt und Unmöglichkeit. Es scheint so gewesen zu sein, dass am Anfang des Krieges keine Kulanz genommen wurde mit bedrängten Schuldner; Berufung auf höhere Gewalt wurde selten honoriert. In der juristischen Literatur war auch wenig Sympathie für die Schuldner, die sich mit gestiegenen Kosten konfrontiert sahen. Sie probierten, so argumentierte man, sich durch Berufung auf höhere Gewalt ihren vertragsrechtlichen Pflichten zu entziehen, um später zu viel günstigeren Preisen Verträge ab zu schließen. Hierfür gab es wenig Verständnis. Je länger der Krieg dauerte, kam hierin jedoch einige Veränderung. Zwar wurde Schuldnern, die sich in vollem Bewusstsein, dass es um Kriegsumstände ging,

verpflichteten, dies nicht selten als Akzeptieren von Risiko angerechnet. Manche Richter waren jedoch auch bereit, Berufung auf unvorhergesehene Umstände zu honorieren. Diese vorsichtigen Entwicklungen nährten zwei Diskussionen, nämlich (1) die Diskussion über die Frage, ob Übermacht sowohl objektive als auch subjektive Unmöglichkeit (*impossibilitas* und *difficultas*) umfasste, und (2) die Diskussion, ob unvorhergesehene Umstände zur Auflösung oder Anpassung eines Vertrages führen konnten. Beide Debatten wurden während und kurz nach dem Großen Krieg noch nicht durch die Justiz abgeschlossen, aber kamen schon zur Sprache in der juristischen Literatur. Der *Hoge Raad* blieb sehr zurückhaltend: 1926 urteilte er, dass das Gebot von Treu und Glauben das vertragsrechtliche Wort nicht ändern kann, auch nicht im Licht der völlig veränderten Wertverhältnisse nach dem Krieg. 1931 setzte der *Hoge Raad* diese strenge Haltung mit dem “Mark ist Mark” - Urteil, in dem bestimmt wurde, dass das Nominalprinzip der Geldschulden nicht zur Seite geschoben werden konnte, auch nicht bei Hyperinflation fort. In der Literatur gab es jedoch Widerstand gegen diese Haltung: niedrigere Richter wählten nicht selten ihren eigenen Weg. Mit der heutigen Kenntnis kann der Erste Weltkrieg angesehen werden als einer der Faktoren, der die endgültige Einführung der Lehre von unvorhergesehenen Umständen und den späteren Aufmarsch von Treu und Glauben erklären kann. Inzwischen kann die zeitgenössische Rechtsprechung von dem *Hoge Raad* bis zu einem bestimmten Grad angesehen werden als Ausdruck der Niederländischen Neutralitätspolitik.

Die Analyse der Ereignisse zeigt, dass Dogmen wie Vertragsfreiheit und freie Marktwirkung definitiv im Großen Krieg, auch in einem neutralen Land wie die Niederlande, zerbrochen sind. Sicherlich wurden im Laufe der Zeit, als der Krieg viel länger dauerte als die meisten erwartet hatten, gezwungene Verteilung von Gütern und Diensten, und damit eingreifender Vertragszwang und Marktregulierung nötig. Der Erste Weltkrieg kann deshalb mit gutem Grund betrachtet werden als das definitive Ende des *Laissez-faire* Gedankens im Vertragsrecht.

SUMMARY

THE GREAT WAR AND THE DUTCH LAW OF CONTRACTS - NEUTRALITY, RESISTANCE AND RESPONSIVENESS

In order to avoid being trapped between the Central Powers and the allied armies, the Kingdom of The Netherlands adhered strictly to its neutral stance during World War 1. Although this enabled this country to exempt itself from the battlefield, the War definitely left its mark on its social and economic relations. This paper essentially deals with the direct and indirect impact produced by the Great War on the Dutch law of contracts.

The first direct consequence was felt almost immediately following the events of 28 July 1914. The legal framework for these direct consequences, such as the crippling of trade, financial transactions and food supplies, proved to be unequal to the situation. The result took the form of rapid interventions in the free market on the part of the authorities, which meant suspending stockmarket activity and extensive regulation of banking and currency activity.

Another aspect of the Great War which had important implications for the law of contracts concerned a public limited liability company called NV *Nederlandse Overzee Trustmaatschappij* (NOT). In September 1914, a major network of contractual obligations was set up which was nurtured by NOT. The latter developed a network of contracts aimed at underpinning the Dutch Government's neutrality in its trading policy. Allowing a private corporation to take the lead in regulating import and export trading activity gave rise to some astute arrangements between the English Admiralty and the German Empire – given that the economy of the Netherlands was dependent on both. The system of “consents” which NOT applied to imports and exports was a trading system which was based entirely on self-regulation, and therefore on the law of contracts and which was capable of distinguishing between qualified smuggling and the free exchange of goods. Later during the War the part played by the law of contracts became redundant, and the business of importing and exporting became increasingly problematic.

Another element which played a part in this matter was the question of “force majeure”. Because of the rapidly rising prices of goods and of their conveyance, the notion of “*force majeure*” in the law of contracts came under increasing pressure. Since the introduction of the Civil Code in 1838, no international conflict as disruptive as WW1 proved to be had arisen. So to a certain extent World War 1 served as a “stress test” for the continuity of the essential principles of the law of contracts, such as *force majeure* and frustration. It would appear that, during the early stages of the War, no attempt was made at finding an accommodation with pressured debtors – pleas of *force majeure* were seldom acknowledged. Nor did the legal authors of that time display much sympathy towards debtors who were faced with increasing cost prices. The narrative that prevailed was that they resorted to *force majeure* in order to be released from their obligations and subsequently to conclude agreements on much more favourable terms. Their pleas were met with little sympathy. However, as the War continued to rage, some changes were made. It is true that debtors who entered into obligations in the full knowledge that they were doing so in wartime conditions were frequently held to risk acceptance. Nev-

ertheless, some lower courts were prepared to issue rulings which were prepared to make concessions to unexpected circumstances. These cautious developments encouraged two lines of argument, i.e. (1) the debate as to whether force majeure accommodated both objective and subjective impossibility (i.e. both *impossibilitas* and *difficultas*), and (2) whether unforeseen circumstances could give rise to rescission or adjustment of the contract in question. During, and immediately after, the Great War neither of these lines of argument were settled by the courts, but did feature in the legal literature at that time. The Netherlands Supreme Court (*Hoge Raad*) remained quite reticent on this issue – in 1926 it ruled that a display of *bona fides* was unable to detract from a contractual obligation once undertaken, even in the light of the fundamental change in values which followed the War. In 1931, the Supreme Court continued this strict approach with the “Mark is Mark” decision, in which it held that, in relation to debts expressed in money, the nominality principle could not be set aside, not even in times of hyper-inflation. However, a number of legal authors took issue with this approach, and the lower courts frequently ploughed their own furrow. With the benefit of hindsight, it is possible to regard World War 1 as one of the factors which explain the eventual introduction of the “unforeseen circumstances” doctrine, and the subsequent advance made by the *bona fides* principle. At the same time, the decisions made by the Supreme Court at the time could to a certain extent be regarded as an expression of The Netherlands’ policy of neutrality.

An analysis of the events and developments of the day indicates that such dogmas as the freedom to contract and the free market died once and for all during the Great War, even in a neutral country such as The Netherlands. It is certainly the case that, in the longer term, when it looked as if the War was going to rage for much longer than many had expected, the compulsory distribution of goods and services, and the extensive intervention in contracts and market regulation to which it gave rise became a matter of necessity. Accordingly, World War 1 can justly be regarded as the definitive end of the *laissez-faire* principle in the law of contracts.

RESUMEN

LA GRAN GUERRA Y EL DERECHO CONTRACTUAL HOLANDÉS - NEUTRALIDAD, RESISTENCIA Y CAPACIDAD DE REACCIÓN

Para no dejarse pisotear por las potencias centrales y los ejércitos aliados, el Reino de los Países Bajos se aferró a su política de neutralidad durante la Primera Guerra Mundial. Aunque los Países Bajos lograran de esta manera quedarse fuera de las operaciones militares, la guerra dejó profundas huellas en las relaciones socioeconómicas de los Países Bajos. El elemento central de este artículo analiza la cuestión de cuál ha sido el impacto directo e indirecto de la Gran Guerra en el derecho contractual holandés.

Una primera consecuencia directa se hizo sentir casi inmediatamente a partir del día del 28 de julio 1914. Resultó inadecuado el marco jurídico para las consecuencias directas tales como la parálisis del comercio, de la circulación monetaria y del abastecimiento de alimentos. Eso dio lugar a unas intervenciones rápidas del legislador en el marco del libre comercio, de tal manera que quedó suspendido el comercio bursátil, adoptándose una regulación radical para la banca y para el sector monetario.

Otro aspecto de derecho contractual de la Gran Guerra tenía que ver con la S.A. “Nederlandsche Overzee Trustmaatschappij” (N.O.T.). En el mes de septiembre de 1914, se creó una extraordinaria red contractual a cargo de la N.O.T. Esta persona jurídica desarrolló un entramado de contratos para apoyar la política comercial neutral del gobierno holandés. Permitiendo a una persona jurídica privada, y no al Estado, tomar la iniciativa en la regulación de la importación y de la exportación, durante algún tiempo se realizaron transacciones ágiles entre el Almirantazgo inglés y el Imperio alemán, ya que, desde el punto de vista económico, los Países Bajos eran dependientes de ambos. El sistema de consentimientos que aplicaba la N.O.T. para importaciones y exportaciones era un sistema mercantil basado completamente en la autorregulación y, por ende, en el derecho contractual que conseguía de esta forma separar el contrabando (condicional) de los bienes libremente negociables. En una fase ulterior de la guerra, se había agotado el papel del derecho contractual y las importaciones y las exportaciones se hicieron cada vez más problemáticas.

Otro aspecto era la aplicación del dogma de la fuerza mayor. Debido a la fuerte subida de los precios de bienes y de su transporte, la doctrina de la fuerza mayor contractual estuvo sometida a una fuerte presión. Desde la introducción del Código Civil en 1838, no se había declarado un conflicto internacional tan perturbador como esta guerra. O sea que, de cierta manera, la Gran Guerra también fue una ‘prueba de resistencia’ de la capacidad de reacción de los propios asientos centrales del derecho contractual tales como la doctrina de la fuerza mayor y de la imposibilidad. Parece que, al comienzo de la guerra, casi no se aspiraba a ser complaciente para con los deudores atrapados; raramente se recurría a la fuerza mayor. En la literatura jurídica tampoco existía una gran simpatía por los deudores que se veían confrontados con unos costos en alza. La idea era que, invocando la fuerza mayor, intentaron deshacerse de su contrato, para seguidamente contratar aún a un precio mucho más favorable.

No hubo mucha comprensión para esta actuación. Pero a medida que avanzaba la guerra, esto cambió sutilmente. Si bien es cierto que hubo deudores, que se obligaban sabiendo muy bien que existían unas circunstancias de guerra, a quienes se imputaba frecuentemente la aceptación de riesgo, ciertos jueces dictando sentencias en causas determinadas estaban dispuestos a aceptar que se invocaran circunstancias imprevistas. Estas prudentes evoluciones alimentaron dos discusiones, a saber (1) la discusión sobre la cuestión de saber si la fuerza mayor abarcaba tanto la imposibilidad objetiva como subjetiva (*impossibilitas* y *difficultas*) y (2) la discusión sobre la cuestión de saber si unas circunstancias imprevistas podían dar lugar a la resolución o a la adaptación del contrato. Durante y justo después de la Gran Guerra, ambos debates no fueron resueltos por el poder judicial, sino que se plantearon en la literatura jurídica. El Tribunal Supremo se mantenía sumamente reservado; en el año 1926, estimó que la buena fe no podía menoscabar la promesa contractual empeñada, ni siquiera a la luz de los esquemas de valores completamente cambiados después de la guerra. En el año 1931, el Tribunal Supremo continuó esta posición estricta con la sentencia 'Mark is Mark', que determinaba que no se podía hacer caso omiso del principio de nominalidad en caso de deudas monetarias, ni tan siquiera en una situación de hiperinflación. Sin embargo, en la literatura, había oposición a esta interpretación; los jueces de instancias inferiores a menudo seguían su propia interpretación. Con lo que se sabe hoy en día, se puede considerar la Primera Guerra Mundial como uno de los factores que explican la introducción final de la teoría de las circunstancias imprevistas y el posterior avance de la buena fe. Mientras tanto, se podría considerar la jurisprudencia contemporánea del Consejo Superior hasta cierto punto como una expresión de la política de neutralidad holandesa.

El análisis de los acontecimientos muestra que las doctrinas tales como la de la libertad contractual y la del mecanismo del mercado libre sucumbieron definitivamente en la Gran Guerra, incluso en un país neutral como los Países Bajos. Seguramente a largo plazo, cuando resultó que la guerra duraba mucho más tiempo de lo que muchos habían esperado, fueron necesarias la distribución forzada de bienes y servicios y, por ende, la fuerza contractual radical y la regulación de mercado. O sea que parece oportuno considerar la Primera Guerra Mundial como el punto final de la idea del 'laissez-faire' en el derecho contractual.

